

EARN-OUT

Omklassifisering av aksjevederlag

Kandidatnummer: 585
Leveringsfrist: 25.04.2008

Til sammen 17896 ord

22.04.2008

Innholdsfortegnelse

<u>1</u>	<u>INNLEDNING</u>	<u>1</u>
1.1	Temaet earn-out	1
1.2	Oppgavens problemstilling	3
1.3	Bakgrunn for problemstillingen	4
1.4	Avgrensning	5
1.5	Rettskilder og metode	6
1.5.1	Rettskilder	6
1.5.2	Forholdet mellom ny og gammel skattelov	7
1.6	Opplegg videre	7
<u>2</u>	<u>SKTL. § 5-1 FØRSTE LEDD "FORDEL VUNNET VED ARBEID"</u>	<u>8</u>
2.1	Ordlyd og lovens forarbeid	8
2.2	Inntektsbegrepets yttergrense, Hagerup-dommen	9
<u>3</u>	<u>GRENSEN MELLOM KAPITALINNTEKTER OG ARBEIDSINNTEKTER</u>	<u>11</u>
3.1.1	Innledning	11
3.1.2	Hva skal til for omklassifisering, ut over en tilknytning mellom fordel og arbeid	11
3.1.3	Oppsummering	17
<u>4</u>	<u>EARN-OUT OG DET RETTSKILDEMESSIGE BILDET</u>	<u>17</u>
4.1	Innledning	17
4.2	Uttalelse fra Finansdepartementet	18

4.3	Rettspraksis	18
<u>5</u>	<u>SELGER HAR BUNDET SEG TIL Å ARBEIDE VIDERE I SELSKAPET ETTER SALGET</u>	<u>23</u>
5.1	Innledning	23
5.2	Bindingsklausul	23
5.2.1	Bindingsklausul med betinget vederlag	23
5.2.2	Spesielt om generelle bindingsklausuler	26
5.2.3	Arbeidsvederlag eller sikkerhet for avgitte garantier	28
5.2.4	Særlig om der vederlaget ytes i aksjer	31
5.2.5	Bindingsklausul uten betinget vederlag	32
5.2.6	Bindingsklausul for å effektivisere konkurranseforbudet	34
5.3	Resultatklausul	36
5.3.1	Resultatklausul som i realiteten binder selger	36
5.3.2	Resultatklausul, vanlig betinget vederlag eller garanti	38
5.4	Konkurranseklausul	39
5.5	Spesielt om der en del av både passive og aktive selgeres vederlag er betinget	41
5.6	Aksjene eies av et holdingselskap	42
5.7	Selgerne har bundet seg før salget	43
<u>6</u>	<u>AKSJEVEDERLAGETS STØRRELSE I FORHOLD TIL VERDIEN AV SELSKAPET</u>	<u>44</u>
6.1	Innledning	44
6.2	Betydningen av aksjevederlagets størrelse i forhold til selskapets verdi	45
<u>7</u>	<u>FORDELINGEN AV SALGSVEDERLAGET</u>	<u>47</u>
7.1	Innledning	47

7.2	Aktive selgere får høyere vederlag enn passive selgere	47
7.3	Alle selgere er aktive og mottar likt vederlag	49
7.4	Både aktive og passive selgere får likt vederlag	49
7.5	Oppsummering	51
<u>8</u>	<u>MARKEDSLØNN</u>	<u>51</u>
<u>9</u>	<u>AVSLUTTENDE KOMMENTARER</u>	<u>55</u>
9.1	Innledning	55
9.2	Noen konklusjoner om utvalgte situasjoner	56
9.2.1	Selger med bindingstid får en særfordel i forhold til selger uten bindingstid	56
9.2.2	Bare en selger eller flere som alle har bindingstid, likt vederlag til alle	57
9.2.3	Selger med bindingstid får ikke særfordel i forhold til selger uten bindingstid	58
9.3	Kort om hvor mye som skal omklassifiseres	58
<u>10</u>	<u>KILDEREGISTER</u>	<u>61</u>
10.1	Høyesterettsavgjørelser	61
10.2	Avgjørelser fra lagmannsretten	61
10.3	Avgjørelser fra tingretten	61
10.4	Lover	62
10.5	Forarbeider	62
10.6	Litteratur	62
10.7	Artikler	62
10.8	Ligningspraksis	63

10.9	Annet	63
10.10	Henvisninger til internett	63

1 Innledning

1.1 Temaet earn-out

Temaet for denne oppgaven er earn-out i skatteretten.

Betegnelsen earn-out brukes ofte om tilfeller der kjøper av et aksjeselskap betaler en sum til selger ved kjøpet, og selger skal eventuelt motta ytterligere vederlag i fremtiden. Hvor stort vederlaget som skal betales senere er, baseres på selskapets resultater.¹ Earn-out-modellen gir en sikkerhet for kjøper, som kan avvende resultater før hele kjøpesummer er klar.

I skatteretten har begrepet earn-out blitt utviklet de siste årene om tilfeller der et aksjeselskap med en eller flere aktive aksjonærer overdras, og aksjonæren skal fortsette å arbeide etter salget og/eller godtar konkurranseforbud. Det typiske er at selger forplikter seg overfor kjøper til å fortsette å arbeide en i periode etter salget, i bindingstiden.

Bindingstiden kan være kombinert med et konkurranseforbud for selger.

Konkurranseforbud kan også avtales alene. På grunn av slike reguleringer av aksjonærens aktiviteter etter salget kan det oppstå spørsmål om klassifiseringen av en del av salgsvederlaget. Partene vil kalle hele salgsvederlaget for aksjevederlag, mens spørsmålet er om en del av dette i realiteten må anses som arbeidsinntekt, eventuelt kompensasjon for

¹ <http://www.investorwords.com/1627/earnout.html>. Disposisjon til foredrag av advokat Sverre Hveding, "Insentivordninger og "earn-out": Ledende ansattes skatteforhold", det årlige skattekurset 18. januar 2008, bilde 15.

tapt arbeidsinntekt.² Grunnen til at dette er en problemstilling er at det er store forskjeller i skattesatser for aksjegevinster og arbeidsinntekter, noe som skal omtales senere.

Eksempler på selskaper der earn-out-problemstillingen kan oppstå er typisk bedrifter som driver kunnskaps- eller tjenesteytende virksomhet, samt grunderbedrifter.³ Aksjonærene som er aktive er ofte nøkkelpersoner i bedriften som har kunnskap om bransjen, en innsikt i driften av selskapet og sitter på en kompetanse som er viktig for kjøper. Nøkkelpersonene vil gjerne ha opparbeidet seg en kundekrets og de har mange kontakter i bransjen. Kompetansen og kontaktnettet er noe en kjøper ofte vil bruke tid på å opparbeide seg. Dersom selger slutter med en gang kan selskapet tape mye av eller hele sin verdi. Grunnen til det er at selskapet mister personer som er sentrale for at selskapet opprettholder sin inntjening. Kontinuiteten utad og innad i selskapet kan også forsvinne.⁴

En annen ting er at selger gjerne skal brukes til å lære opp andre ansatte og introdusere disse for en bransje eller et nytt fagområde.⁵ Dersom kjøper ikke har denne kompetansen selv er det avgjørende at selger står for dette i en overgangsperiode.

Når det er viktig for kjøper at selger arbeider videre, vil kjøper gjerne stille som betingelse ved overdragelsen at selger påtar seg en forpliktelse til å arbeide i selskapet en tid etter salget.

² Frederik Zimmer, *Bedrift, selskap og skatt – Inntektsbeskatning av næringsdrivende, selskaper og selskapsdeltakere*, 4. utgave, Oslo 2006, s. 581. Utv. 1999 s. 225. Sverre Hveding, bilde 15.

³ Frederik Zimmer, *Bedrift, selskap og skatt*, s. 581.

⁴ Frederik Zimmer, *Bedrift, selskap og skatt*, s. 581.

⁵ Kristian Kvamme, "Aksjegevinster i grenseland mot arbeidsinntekter", *Skatterett nr. 04*, 2005 s. 305-320 (s. 305).

Foruten at det er viktig for kjøper at selger arbeider videre, kan det skade det overdratte selskap om selger tar del i konkurrerende virksomhet etter overdragelsen. Kjøper unngår dette når selger blir bundet til å arbeide etter salget og/eller får konkurranseforbud.

1.2 Oppgavens problemstilling

Det som skal behandles i oppgaven er den situasjonen at aksjeselskap overdras, og hvor en eller flere aksjonærer i selskapet er aktive og skal fortsette å arbeide etter salget. Partene vil ha kalt hele salgsvederlaget for aksjevederlag, og vederlaget vil da i utgangspunktet beskattes som aksjegevinst. Spørsmålet er imidlertid om en del av salgsvederlaget i realiteten må anses for å ha en tilknytning til arbeidsforholdet etter salget, slik at det skal beskattes som arbeidsinntekt.⁶

Problemstillingen er således om deler av vederlaget kan omklassifiseres fra aksjevederlag som beskattes som aksjegevinst etter lov 26. mars 1999 nr. 14 om skatt av formue (sktl.) § 5-1 annet ledd og § 10-30 flg., til arbeidsinntekt som beskattes som ”fordel vunnet ved arbeid”, jf. § 5-1 første ledd og § 5-10. Det rettslige grunnlaget for å omklassifisere vederlaget er lov 13. juni 1980 nr. 24 om ligningsforvaltning (ligningsloven) § 8-1.

Oppgaven har som formål å klarlegge hvordan den rettslige vurderingen av om det er grunnlag for omklassifisering kan foretas, og hvilke momenter som skal vektlegges i en slik vurdering.

Sktl. § 5-1 første ledd er hovedhjemmelen for skattlegging av arbeidsinntekter og lyder:

”Som skattepliktig inntekt anses enhver fordel vunnet ved arbeid, kapital eller virksomhet samt pensjon, føderåd og livrente.” Sktl. § 5-10 er regel om arbeidsinntekt som presiserer hovedregelen i § 5-1 første ledd. Den gir en opprømsing av hva som er ”fordel vunnet ved arbeid”, men er ikke en uttømmende liste, jf. ordlyden ”fordel vunnet ved arbeid omfatter blant annet.”

⁶ Frederik Zimmer, *Bedrift, selskap og skatt*, s. 582.

Vederlaget er i earn-out-tilfeller ytet av den som kjøper selskapet, ikke av selskapet som overdras og som selger er og skal være ansatt i. Det hindrer ikke beskatning etter arbeidsregelen i § 5-1 første ledd og § 5-10 at fordelene stammer fra andre enn den som formelt er arbeidsgiver. Det fremgår blant annet av sktl. § 5-10 første ledd bokstav a, der drikkepengene er omfattet av ”fordel vunnet ved arbeid”.⁷

1.3 Bakgrunn for problemstillingen

Bakgrunnen for at spørsmålet om hele eller deler av aksjevederlaget kan omklassifiseres er aktuelt, er de store forskjellene i skattesatser mellom arbeidsinntekter og kapitalgevinster. Gevinst ved salg av aksjer skal beskattes som kapitalgevinst etter sktl. § 5-1 annet ledd og § 10-30, og er alminnelig inntekt. Skattesatsen for aksjegevinster er 28 prosent for personlige aksjonærer. Dersom selger eier aksjene gjennom et aksjeselskap er gevinsten skattefri. Aksjegevinster ble skattefritt for aksjeselskaper med innføringen av fritaksmetoden, jf. sktl. § 2-38 som fritar blant annet aksjeselskaper fra skatteplikt. Gevinsten deles senere ut til aksjonærene, som nyter godt av vederlaget ved å ta ut utbytte. For utbytte er skattesatsen 28 prosent ut over et skjermingsfradrag, jf. sktl. § 10-11 og § 10-12. Utbytte som ikke overstiger skjermingsfradraget er skattefritt, og aksjegevinsten kan innenfor dette deles ut skattefritt til aksjonærene.⁸

Arbeidsinntekter er også alminnelig inntekt og skal beskattes med 28 prosent. I tillegg er arbeidsinntekter personinntekt, jf. sktl. § 12-2 a. Personinntekt er grunnlag for utligning av toppskatt til staten og trygdeavgift til folketrygden, jf. sktl. § 12-1. Til sammenligning med aksjegevinster, som beskattes med 28 prosent for personlige aksjonærer, er skattesatsen for arbeidsinntekter på inntil 47,8 prosent. Den store forskjellen i skattesatser gjør at selger har en sterk økonomisk interesse i at vederlaget beskattes som aksjegevinst.

⁷ Frederik Zimmer, *Lærebok i skatterett*, 5. utgave, Oslo 2005, s. 142.

⁸ Kristian Kvamme, s. 305-306.

Kjøper kan også ha interesse av at vederlaget beskattes som aksjegevinst og ikke som arbeidsinntekt på grunn av at det oppstår plikt til å betale arbeidsgiveravgift av beløpet. Det kan imidlertid være tvil om hvem plikten til å betale arbeidsgiveravgift påligger, kjøper av aksjene som yter fordelene, eller selskapet som er selgerens arbeidsgiver.⁹

1.4 Avgrensning

Dersom man kommer til at det er grunnlag for omklassifisering av aksjevederlaget, vil det i tillegg til å ha betydning for beskatningen medføre en rekke følger. I den forbindelse oppstår spørsmålet om hvem som skal betale arbeidsgiveravgift og spørsmål om fradragsrett for lønnsutgiften.¹⁰ Dersom det oppstår en plikt til å tilbakebetale vederlag ved resolutivt betinget vederlag, kan det gi rett til fradrag for skattyter.¹¹ Konsekvensen av omklassifisering kan bli tilleggsskatt for selger. Det også et spørsmål om hva som er uriktige og ufullstendige opplysninger til ligningsmyndighetene. Periodiseringsspørsmål oppstår ved omklassifisering.¹² Dette er temaer som faller utenfor oppgaven og behandles ikke.

Oppgaven begrenses til å gjelde ordinært salg av aksjeselskap. Earn-out-problemstillingen kan også oppstå når overdragelsen skjer ved fusjon eller en emisjon, men avgrenses mot dette.¹³

Earn-out-begrepet gjelder ikke bare aksjeoverdragelse, jf. blant annet Lignings-ABC punkt 4.7.2 der overdragelse av foretak omtales. Overdragelse av annet enn aksjeselskaper behandles ikke, annet enn til eksempler og illustrasjon.

⁹ Frederik Zimmer, *Bedrift, selskap og skatt*, s. 582 og 588.

¹⁰ Ole Gjems-Onstad, *Norsk Bedriftsskatterett*, 6. utgave, (Oslo 2003) s. 1187.

¹¹ Ole Gjems-Onstad, s. 1190.

¹² Ståle Wangen, "Earn-out – skattemessige konsekvenser for selgende aksjonærer", *Revisjon og regnskap nr. 8*, 2002 s. 40-45 (s. 45).

¹³ Morten Foros Krohnstad, "Intellektuell kapital ved aksjetransaksjoner: Skattespørsmål ved salg av kunnskapsbedrifter", *Skatterett nr. 17*, 1999 s. 3-14 (s. 3).

Når det her snakkes om earn-out, forutsettes det at det er et reelt og etablert selskap som er gjenstand for overdragelse.¹⁴ Imidlertid kan man stå overfor tilfeller som ligner, men hvor aksjevederlaget bærer preg av å være sign-on fee, også kalt tiltredelsesvederlag. Sign-on fee er en bonus som ytes når noen inngår en ansettelseskontrakt med et selskap og beskattes som ”fordel vunnet ved arbeid” jf. sktl. § 5-1 første ledd. Problemstillingen kan oppstå når for eksempel flere konsulenter danner et aksjeselskap for så å bli kjøpt opp av andre. I stedet for å ta vanlig ansettelse i et selskap, kjøpes personene opp ved å selge aksjene. Samtidig binder selgerne seg overfor kjøper til å fortsette å arbeide. Aksjeselskapet benyttes på den måten som instrument for kompetansegrupper til å få vederlag som i realiteten er forskudd på lønn eller tiltredelsesvederlag, til å fremstå som aksjegevinst.¹⁵ Sign on fee og earn-out kan fremstå nokså likt rettslig, og det kan være tvilsomt hva det er i noen tilfeller. Det er imidlertid klassisk earn-out hvor det ikke er tvil om at det er en reell og etablert virksomhet som er overdratt som er tema i denne oppgaven.

1.5 Rettskilder og metode

1.5.1 Rettskilder

Her skal det kort redegjøres for den rettskildemessige betydning av de rettskildene som anvendes i oppgaven og som er spesielle for skatteretten.

Når det gjelder ligningspraksis varierer dens vekt av hvor ofte tilfellet er oppe til behandling, om det er samme løsning som legges til grunn i alle tilfellene og ikke minst hvor langvarig praksisen er.¹⁶ Det henvises imidlertid til enkeltavgjørelser i oppgaven som det ikke er noen holdepunkter for å si at representerer langvarig og konsekvent praksis. Vekten er derfor ikke stor.

¹⁴ Ole Gjems-Onstad, s. 1178.

¹⁵ Ole Gjems-Onstad, s. 1178. Kristian Kvamme, s. 318.

¹⁶ Frederik Zimmer, *Lærebok i skatterett*, s. 51.

Finansdepartementet utgir en rekke administrative uttalelser, hvor departementet gir uttrykk for sitt syn på et skatterettslig spørsmål. Slike uttalelser blir tillagt stor vekt av ligningsmyndighetene. Via ligningspraksis kan disse få stor vekt. Domstolene er imidlertid ikke bundet til å følge den samme rettsoppfatningen som Finansdepartementet gir uttrykk for.¹⁷

Lignings-ABC er i hovedsak en håndbok som utgis av Skattedirektoratet til ligningsetaten, og inneholder direktoratets tolkning av gjeldende rett. Denne har liten vekt som rettskilde, men kan fungere som oppslagsverk for å få en oversikt over hva som er gjeldende rett. For ligningsnemder og domstoler har Lignings-ABC ikke større vekt enn administrative uttalelser.¹⁸

1.5.2 Forholdet mellom ny og gammel skattelov

Når det gjelder rettspraksis som det vises til i fremstillingen er denne avsagt for forhold som inntrådte før skatteloven av 1999 trådte i kraft. Rettspraksis etter eldre lov, lov 18. august 1911 nr. 8 om skatt av formue og inntekt (sktl. av 1911) er imidlertid relevant, da sktl. § 5-1 er en kodifisering av eldre rett, og er ikke ment å medføre endringer i rettstilstanden. Dette fremgår blant annet av Ot.prp. nr. 86 (1997-1998) Ny Skattelov, på s.49: "Begrepet "vunnet ved" er videreført fra hovedbestemmelsen om inntekt i skatteloven § 42 første ledd."

1.6 Opplegg videre

Videre i fremstillingen skal jeg først behandle sktl. § 5-1 første ledd og "fordel vunnet ved arbeid" generelt. Under dette skal jeg blant annet se på rettspraksis som gjelder inntektsbegrepets yttergrense. I neste kapittel skal jeg omtale noen Høyesterettsdommer som gjelder tilgrensende rettsområder til earn-out og som også gjelder grensen mellom kapitalinntekter og arbeidsinntekter. Etter dette skal jeg omtale det rettskildemessige bildet for earn-out og si noe om hva det gir av veiledning for problemstillingen.

¹⁷ Frederik Zimmer, *Lærebok i skatterett*, s. 54.

¹⁸ Frederik Zimmer, *Lærebok i skatterett*, s. 55-56.

Videre kommer noen kapitler som tar for seg sentrale momenter som skal vektlegges i vurderingen av om et aksjevederlag kan omklassifiseres til arbeidsinntekt. Disse momentene er at selger har bundet seg til å arbeide i selskapet etter salget, aksjevederlagets størrelse i forhold til verdien av selskapet, fordeling av salgsvederlaget og betydningen av at selger mottar markedslønn i bindingstiden.

Til slutt kommer noen avsluttende kommentarer der jeg skal oppsummere det som er drøftet ved å si noe om vekten av de forskjellige momenter i utvalgte situasjoner og trekke noen konklusjoner. Deretter skal det kort sies noe om hvor mye som skal omklassifiseres.

2 Sktl. § 5-1 første ledd ”fordel vunnet ved arbeid”

2.1 Ordlyd og lovens forarbeid

Som vi har sett over er problemstillingen i earn-out-saker om deler av vederlaget som er ytet for aksjene kan omklassifiseres fra aksjevederlag til arbeidsinntekt. Vederlaget må i så fall anses som ”fordel vunnet ved arbeid” jf. § 5-1 første ledd og § 5-10. Nedenfor skal vi derfor undersøke hva som menes med ”fordel vunnet ved arbeid”.

Når det gjelder ordlyden i § 5-1 første ledd og § 5-10 sier den ”fordel vunnet ved arbeid”. Fordelsbegrepet er vidtfavnende og kan fange opp enhver fordel uansett hvordan den fremstår, jf. blant annet Rt. 2000 s. 1739. Det er også klart at det er ytet en ”fordel”, så spørsmålet relaterer seg til ”vunnet ved”. Ved å foreta en vanlig, språklig tolkning av ordlyden ”vunnet ved” kan det konstanteres at det er et krav til sammenheng og tilknytning mellom fordelene og arbeidet, eller det at arbeidsforholdet må ha vært foranledning til innvinning av fordelene. Det vil for earn-out si at det må være en tilknytning mellom en del av vederlaget som ytes for aksjene, og selgers fortsatte arbeid etter salget.

Videre sier uttalelser om regelen i skattelovens forarbeider¹⁹ i hovedsak det samme som man får ut av en språklig tolkning av § 5-1 første ledd og § 5-10. Det må foreligge tilstrekkelig sammenheng mellom fordelens og måten fordelens er innvunnet på.

Lovens ordlyd gir ikke mye veiledning for løsning av earn-out-situasjoner konkret, der salgsvederlaget som nevnt har tilknytning til både kapitalregelen og arbeidsregelen. Forarbeidene viser imidlertid i tillegg til den mer generelle uttalelsen, til rettspraksis og hvordan kravet til sammenheng har blitt tolket der. En dom inntatt i Rt. 1958 s. 583 (Hagerup) er nevnt spesielt. Denne skal gjennomgås under.

2.2 Inntektsbegrepets yttergrense, Hagerup-dommen

Vi skal her se nærmere på en Høyesterettsdom som gjelder tolkning av ordlyden ”fordel vunnet ved arbeid”, den såkalte Hagerup-dommen. Dommen er avsagt etter skattelov for byene av 18. august 1911 nr. 9 § 36, som ble opphevet i 1975 og etter dette erstattet med sktl. av 1911 § 42, nå sktl. § 5-1 første ledd.

Hagerup-dommen gjaldt en forfatter som mottok et stipend som hun var tildelt av sitt forlag. Fordelen hadde egenskapene til det man normalt kalte en gave. Samtidig hadde beløpet karakter av å være en fordel vunnet ved arbeid eller virksomhet. Spørsmålet i saken var om stipendet var å anse som skattefri gave eller som fordel vunnet ved arbeid.

Høyesterett uttalte:

”Under enhver omstendighet må det avgjørende kriterium bli om det i det konkrete tilfelle består en så nær sammenheng mellom det arbeid eller den virksomhet som er ytet, og den fordel som er oppnådd, at det er naturlig å anse den som ”vunnet” ved arbeidet eller virksomheten.”

Blant annet la Høyesterett vekt på at stipendet var utdelt fra forfatterens forlag. Nesten alle forfatterne som hadde fått stipendet var tilknyttet forlaget, og det forelå da en klar

¹⁹ Ot.prp. nr. 86 (1997-1998), *Ny Skattelov*, s. 49.

sammenheng mellom forfatterens virksomhet og stipendet. Retten kom på den bakgrunn til at stipendet skulle inntektsbeskattes, da det var en nær tilknytning mellom tildelingen av stipendet og forfatterskapet.

I senere Høyesterettsdommer, blant annet Rt. 1974 s. 976 (Vesaas-dommen) og Rt. 1979 s. 481 (Havrevold-dommen), som gjaldt kunstnerpriser, ble den siterte uttalelse i Hagrup-dommen fulgt opp.

Høyesterettsdommene gjaldt grensen mellom gave/pris som var skattefritt på den ene siden, og skattepliktig fordel vunnet ved arbeid eller virksomhet på den andre siden. Av dommene kan det sluttet at det gjelder et krav til sammenheng eller tilknytning mellom fordelen og arbeidet/virksomheten. Det vil si at arbeidet/virksomheten må ha vært foranledning til at skattyter ervervet fordelen, og det kreves en viss grad av påregnelighet. For Høyesterett har tilknytning og nærhet mellom fordel og arbeid vært sentralt for spørsmålet om det foreligger skatteplikt.²⁰

Til nå har vi sett nærmere på ordene ”vunnet ved arbeid” jf. § 5-1 første ledd og § 5-10 og hvordan vurderingstemaet har blitt utviklet i rettspraksis når det gjelder om en fordel er skattepliktig eller ikke. Earn-out gjelder imidlertid ikke grensen mellom skattefrie fordeler og skattepliktig inntekt. Spørsmålet i earn-out-tilfeller er som kjent hvilken skattepliktig kategori aksjevederlaget skal skattlegges etter, arbeidsinntekter eller kapitalinntekter. I neste kapittel skal vi derfor se på Høyesterettspraksis som gjelder grensen mellom arbeidsinntekter og kapitalinntekter, to kategorier som begge er skattepliktige, for å se hva Høyesterett har lagt til grunn som vurderingstema.

²⁰ Frederik Zimmer, *Lærebok i skatterett*, s. 142-143. Kristian Kvamme, s. 307-308.

3 Grensen mellom kapitalinntekter og arbeidsinntekter

3.1.1 Innledning

Videre skal vi se på Høyesterettspraksis som gjelder grensen mellom kapitalinntekter og arbeidsinntekter. De mest sentrale dommene er inntatt i Rt. 1922 s. 523 (Nordberg), Rt. 2000 s. 758 (Kruse Smith), Rt. 2000 s. 1739 (Pre Finans) og Rt. 2003 s. 504 (Lundgaard). Hele vederlaget var i disse (unntatt i Lundgaard-dommen) sakene i likhet med det som vil være tilfelle i earn-out-saker, kalt aksjevederlag. Spørsmålet var om man likevel kunne anse deler av vederlaget som ”fordel vunnet ved arbeid”, jf. sktl. § 5-1 første ledd og § 5-10.

Det som skal undersøkes er hvilke krav til tilknytning mellom arbeidsforholdet og fordelene Høyesterett har stilt for å kunne omklassifisere en kapitalinntekt fra kapitalinntekt til arbeidsinntekt, og om vurderingstemaet er sammenfallende med det som ble formulert i Hagerup-dommen og lagt til grunn senere når det gjaldt inntektsbegrepets yttergrense. Ingen av sakene gjelder earn-out. Det foreligger ingen Høyesterettsdommer som gjelder earn-out, så da er det av interesse å ta utgangspunkt i annen rettspraksis der det rettslige spørsmål er hvilken kategori en fordel skal klassifiseres etter.

3.1.2 Hva skal til for omklassifisering, ut over en tilknytning mellom fordel og arbeid

Som hovedregel skal en aksjegevinst beskattes som kapitalgevinst, jf. sktl. § 5-1 annet ledd og § 10-30, jf. § 5-20. Dette er hovedregelen også i de tilfeller der aksjonærene er aktive i selskapet, og der aksjene er tegnet i arbeidsgiverselskap.²¹ Det må derfor kreves noe mer for at det skal være grunnlag for omklassifisering enn at det kan konstanteres en sammenheng mellom ansettelsesforholdet og innvinning av aksjegevinsten.²²

²¹ Frederik Zimmer, *Bedrift, selskap og skatt*, s. 582.

²² Sverre Hveding, bilde 18.

Når det gjelder earn-out vil man ofte kunne påvise en viss tilknytning mellom deler av salgsvederlaget og arbeidsforholdet etter salget i det overdratte selskap. Det alene kan imidlertid ikke være tilstrekkelig for omklassifisering, da salgsvederlaget også har tilknytning til aksjene.

Det samme gjelder andre rettsområder som også gjelder grensen mellom kapitalinntekter og arbeidsinntekter. For eksempel kan det oppstå tvil om en gevinst skal klassifiseres som arbeidsinntekt eller aksjegevinst når det er tegnet aksjer i arbeidsgiverselskap. Dersom aksjene er tegnet til underkurs er det ikke tvilsomt at underkursen skal beskattes som arbeidsinntekt. Når det gjelder skattlegging av gevinst ved realisasjon av aksjene vil dette normalt beskattes som aksjegevinst selv om man ofte kan se at ansettelsesforholdet har vært foranledning til innvinning av fordelene. Det er således også en sammenheng mellom arbeidsforholdet og gevinsten, uten at dette har noe å si for beskatningen. Derfor må det kreves noe mer enn en tilknytning mellom fordelene og arbeidet for at fordelene skal kunne anses som ”fordel vunnet ved arbeid” jf. sktl. § 5-1 første ledd, noe vi skal se i dommene som omtales under.

Nordberg-dommen gjaldt en skipsfører som tegnet aksjer i et skipsaksjeselskap for å få stillingen som skipsfører. Spørsmålet var for Høyesterett om gevinsten da han senere solgte aksjene kunne beskattes som arbeidsinntekt. Høyesterett kom til at gevinsten skulle beskattes som aksjegevinst, selv om tegningen av aksjene var en forutsetning for å få stillingen. Formålet med aksjetegningen hadde ingen rettslig betydning. Dommen er i tråd med hovedregelen om at aksjegevinst skal beskattes som kapitalgevinst. Det at det er en årsakssammenheng mellom arbeidet og aksjegevinsten er ikke tilstrekkelig til å omklassifisere.

Høyesterett tok senere stilling til om en aksjegevinst skulle omklassifiseres i Kruse Smith-dommen. Spørsmålet i saken var om gevinst på aksjer som de ansatte hadde ervervet i arbeidsgiverselskapet skulle beskattes etter sktl. av 1911 § 42, nå sktl. § 5-1 første ledd, som fordel vunnet ved arbeid.

Nøkkelpersoner i selskapet fikk tegne aksjer til kr 10 per aksje. Aksjenes matematiske verdi var kr 133,02 per aksje. Aksjonærene kunne bare beholde aksjen så lenge disse var ansatt i selskapet, og måtte selge aksjen i forbindelse med avslutning av arbeidsforholdet. Prisen skulle da fastsettes til matematisk verdi. Aksjonæren måtte samtidig legge fra seg kr 133,02 per aksje ved salget, noe som tilsvarte differensen mellom det aksjonærene betalte for aksjene og aksjenes matematiske verdi på tidspunktet for tegningen av aksjene. Aksjonærene ville nyte godt av en verdistigning ut over dette, samtidig som de bare kunne tape kr 10 per aksje.

Førstvoterende, og talsmann for flertallet (det var dissens i saken, 3 mot 2 stemmer), tok utgangspunkt i at kapitalgevinster falt utenfor arbeidsalternativet. Det var slått fast i forarbeider og rettspraksis, blant annet Nordberg-dommen. Høyesterett uttalte:

”Spørsmålet om arbeidstakeren kan beskattes for senere verdistigning på aksjen, må avgjøres ut fra de regler som gjelder for beskatning av aksjegevinster. ... Den fordel som ligger i at aksjen senere stiger i verdi, er ikke knyttet til arbeidsforholdet, men til eiendomsretten til aksjen.”

Unntak fra denne hovedregelen kunne tenkes i spesielle tilfeller mente Høyesterett, og viste til Aarbakke i *Skatt på Inntekt*, 4. utg (1990), s. 34-35. Et slikt unntak kunne tenkes for eksempel der tegning av aksjene var en forutsetning for å få arbeidet. Det forelå imidlertid ingen slik situasjon i Kruse Smith-dommen som kunne begrunne et unntak. Unntak måtte dermed gjøres på annet grunnlag.

For de beløp som var innbetalt utsatte aksjonærene seg for samme risiko som aksjonærer flest. Det at aksjonærene bare hadde krav på å være aksjonærer så lenge de var ansatt, kunne ikke være tilstrekkelig grunn til å beskatte aksjegevinst som arbeidsinntekt. Verdistigningen var knyttet til den økonomiske utvikling i selskapet. På den bakgrunn kom retten til at aksjegevinsten ikke kunne beskattes etter arbeidsalternativet.

Det var dissens med 3 mot 2 stemmer i saken. Mindretallets uttalelser har generelt ikke like stor vekt som flertallets. Allikevel har det interesse å se på mindretallets synspunkt. Det kan dessuten se ut til at mindretallets tilnærningsmåte til spørsmålet er mer lik den som har blitt fulgt i senere saker om klassifikasjon av kapitalinntekter.

Mindretallets talsmann, annenvoterende, tok også utgangspunkt i at aksjegevinster ikke skulle beskattes som arbeidsinntekter selv om gevinsten var foranlediget av, eller sto i sammenheng med arbeidsforholdet. Annenvoterende uttalte videre:

”Spørsmålet om tilknytningen er tilstrekkelig kvalifisert må løses ut fra hvorledes forholdet naturlig bør bedømmes, som godtgjørelse for arbeid eller som gevinst ved selvstendig kapitalplassering i aksjer.”

Mindretallet kom til at det var mest naturlig å se gevinsten som en fordel vunnet ved arbeid, da aksjonærene hadde utsikt til gevinst, men liten risiko for tap. Dette ser ut som en noe annen tilnærningsmåte enn flertallet, når retten la en vurdering av hva som var mest naturlig til grunn.

Kruse Smith-dommen viser at gevinst ved salg av aksjer i utgangspunktet ikke omfattes av arbeidsalternativet i sktl. § 5-1 første ledd. Det kan tenkes spesielle tilfeller hvor det kan være grunnlag for omklassifisering. Det er imidlertid ikke tilstrekkelig at ansettelsesforholdet har vært foranledning til, eller har en sammenheng med innvinning av fordelen.

Høyesterett tok også stilling til om en aksjegevinst skulle omklassifiseres i Pre Finans-dommen. Det rettslige spørsmålet i saken var om noen avtaler inngått mellom skattyter og arbeidsgiver, knyttet aksjenes verdi opp mot partenes posisjon som ansatte på en slik måte at gevinsten ved salg skulle beskattes etter sktl. fra 1911 § 42, nå sktl. § 5-1 første ledd, som arbeidsinntekt. De ansatte fikk låne penger av arbeidsgiverselskapet til å finansiere

aksjetegning i selskapet. Sluttet arbeidstakeren, måtte aksjene selges tilbake til hovedaksjonærene i selskapet. Ellers kunne de ansatte når som helst selge tilbake aksjene til hovedaksjonærene. De første tre årene måtte salget gjennomføres ved at den ansatte leverte tilbake aksjene mot at gjelden ble slettet. Etter dette kunne aksjene selges tilbake for en pris som var bestemt på forhånd.

Høyesterett tok utgangspunkt i ordlyden ”vunnet ved” og uttalte om fordelene:

”... må være ”vunnet”. Dette har vært forstått slik at arbeidsforholdet må ha vært foranledning til at skattyter har innvunnet fordelene, eller som det heter i Hagerup-dommen Rt-1958-583: ... I utgangspunktet faller ikke kapitalgevinster inn under fordelsbegrepet, slik dette er knyttet til ”arbeide”, selv om det er en sammenheng mellom aksjeinnehavet og arbeidet ... Det vil si at gevinst ved ordinært eierskap av aksjer i arbeidsgiverbedriften i utgangspunktet ikke skal skattlegges som arbeidsinntekt, og det selv om ansettelsen er en viktig forutsetning for aksjeinnehavet ...”.

Høyesterett foretok en vurdering av avtaleforholdene rundt aksjeinnehavet og kom til at det forelå en slik regulering ved kjøpet og ved salget av aksjene, at gevinsten i sin helhet måtte anses som arbeidsinntekt. Det avgjørende var at avtalen representerte et markert avvik fra markedsmessige vilkår. Skattyter fikk en særfordel ved salget da han ikke hadde den tapsrisiko som normalt fulgte med en reell aksjonærposisjon. Aksjonærposisjonen var ikke reell, og gevinsten knyttet seg ikke til aksjene, men til arbeidsforholdet.

Dommen viser at aksjegevinster som hovedregel ikke skal beskattes som arbeidsinntekt, selv om arbeidsforholdet har vært foranledning til innvinning av fordelene. Imidlertid kan det være en så nær tilknytning mellom arbeidsforholdet og aksjegevinsten at den mest naturlig må anses som ”fordel vunnet ved arbeid” jf. sktl. § 5-1 første ledd og § 5-10.

Det kan påpekes at det var forskjeller i faktum som var avgjørende for resultatet i alle sakene. I Nordberg-dommen var aksjeinnehavet en forutsetning for å få arbeide som

skipsfører. For øvrig hadde skattyter en helt normal aksjonærposisjon. I Kruse Smith-dommen fikk skattyterne tegne aksjer fordi de var ansatte, men det var ingen forutsetning for ansettelsesforholdet. De ansatte hadde risikoen for den kapital som var innskutt ved ervervet av aksjene, selv om beløpene var relativt ubetydelige. De hadde for dette en normal og reell aksjonærposisjon. I Pre Finans-dommen hadde skattyterne ingen risiko for tap, og aksjonærposisjonen manglet preg av å være en normal og reell aksjonærposisjon. Derfor hadde ikke aksjegevinsten tilknytning til aksjene, men til ansettelsesforholdet.

Til slutt skal Lundgaard-dommen nevnes. Denne skiller seg fra dommene vi nettopp har sett på, da den gjaldt kapitalavkastning. Saken er allikevel relevant som veiledning for grensen mellom kapitalinntekter og arbeidsinntekter. Saken gjaldt en ingeniør som hadde funnet opp en patenterbar oppfinnelse. Det rettslige spørsmål i saken var om vederlaget for denne oppfinnelsen skulle beskattes som fordel vunnet ved arbeid eller kapital. Saken ble løst på grunnlag av sktl. av 1911 § 42 første ledd, nå sktl. § 5-1 første ledd. Høyesterett uttalte:

”Etter mitt syn vil det være avgjørende om det er en slik sammenheng mellom utbetalingen og Lundgaards arbeidsforhold i SINTEF at det er mest naturlig å klassifisere denne som lønnsinntekt. Det er dette tilknytningskravet som er sakens kjerne. ... Tilknytningskravet er også nedfelt i rettspraksis. Jeg viser til Hagerup-dommen i Rt. 1958 s. 583 ... ”.

Høyesterett kom enstemmig til at det forelå så nær tilknytning mellom fordelen og arbeidsforholdet at utbetalingen måtte klassifiseres som arbeidsinntekt.

Dommen viser at arbeidsforholdet må ha vært foranledning til innvinning av fordelen slik at det foreligger en tilknytning mellom arbeidet og fordelen, men dette er imidlertid ikke nok til å se fordelen som ”vunnet ved arbeid” jf. § 5-1 første ledd. I tillegg til at det må foreligge en sammenheng, må man se hvordan det er mest naturlig å klassifisere fordelen.

3.1.3 Oppsummering

Høyesterett har gjennom Nordberg- Kruse Smith- og Pre Finans-dommen sagt at kapitalinntekter som hovedregel ikke omfattes av arbeidsalternativet i § 5-1 første ledd, jf. § 5-10, det selv om aksjegevinsten står i sammenheng med eller er foranlediget av arbeidsforholdet. Det skal mer til. I tillegg til å konstantere en tilknytning må det vurderes hvordan det er mest naturlig å klassifisere fordelene. Dette ble lagt til grunn i uttalelsene fra mindretallet i Kruse Smith- Pre Finans- og Lundgaard-dommen.

Gjennomgangen av rettspraksis i grenseland mellom kapitalinntekter og arbeidsinntekter viser at det rettslige vurderingstema som Høyesterett har lagt til grunn ved vurderingen av inntektsbegrepets yttergrense, i hovedsak også er anvendt i saker som gjelder grensen mellom kapitalinntekter og arbeidsinntekter. For spørsmålet om en kapitalinntekt kan omklassifiseres til arbeidsinntekt, er vurderingstemaet etter dette om aksjevederlaget har tilstrekkelig nær tilknytning til arbeidsforholdet, slik at det er naturlig å anse den som ”fordel vunnet ved arbeid”, jf. § 5-1 første ledd jf. § 5-10.

4 Earn-out og det rettskildemessige bildet

4.1 Innledning

I dette kapitlet skal det redegjøres for de mest sentrale rettskilder for earn-out i skatteretten. Det foreligger ikke mange rettskilder på området, kun to underrettsdommer fra Gulating Lagmannsrett som er rettskraftige, henholdsvis Utv-2005-277 (Vistnes) og Utv-2005-907 (Friborg Hansen), en uttalelse fra Finansdepartementet og en uttalelse i Lignings-ABC for 2007. Til uttalelsen fra Finansdepartementet skal det kort knyttes noen kommentarer. Når det gjelder underrettsdommene skal det undersøkes hvilket vurderingstema retten la til grunn når det ble tatt stilling til om det var grunnlag for omklassifisering.

4.2 Uttalelse fra Finansdepartementet

Finansdepartementet kom med en administrativ uttalelse av 30. desember 1998 til Skattedirektoratet, inntatt i Utv. 1999 s. 225, som handlet om earn-out.

Departementet hadde lagt merke til at det forekom aksjesalg kombinert med regulering av gamle, aktive eieres ansettelsesforhold i fremtiden. For det skattemessige spørsmål, som var om aksjevederlaget måtte klassifiseres som forskudd på arbeidsvederlag, opplistet departementet en rekke omstendigheter som måtte foreligge. Disse var:

”... det formelle aksjevederlaget synes høyere enn det som selskapets verdier og inntjeningssevne kan forklare, gitt at de gamle eiere snarlig avslutter eller vesentlig innskrenker sin aktivitet i selskapet ...”

”... de gamle eierne binder seg til en lengre arbeidsperiode i bedriften, evt kombinert med forbud mot å starte konkurrerende virksomhet, ... ”

”... de lønsmessige vilkår for denne arbeidsperioden innebærer et lønnsnivå atskillig under markedsverdi for arbeidet.”

Disse omstendighetene er momenter som må vektlegges i en helhetsvurdering. Kravene er imidlertid ikke kumulative. Det ble blant annet slått fast i Vistnes- og Friborg Hansen-dommen som vi skal se på under. Momentene er for øvrig tatt opp i Lignings-ABC fra 2007 i punkt 4.7.2.

Alle momentene vil bli gjennomgått i senere kapitler.

4.3 Rettspraksis

Det foreligger som sagt ingen dommer fra Høyesterett som gjelder earn-out. Derimot foreligger det to underrettsdommer. Vekten av dommer fra lagmannsretten er omtvistet, men det er klart at disse ikke har like stor vekt som dommer fra Høyesterett. Det er her

snakk om to enkeltstående dommer.²³ Dommene kan derfor ikke tas til inntekt for å ha endelig avgjort rettstilstanden på området eller for å ha noen prejudikatsvirkning. Begge er avsagt etter sktl. av 1911 § 42, nå sktl. § 5-1 første ledd. Vi skal nedenfor se nærmere på underrettsdommene for å finne ut hva retten hadde som utgangspunkt i den rettslige vurderingen og hvilket vurderingstema retten anvendte.

I Vistnes-dommen eide tre av aksjonærene i det solgte selskapet til sammen 51 prosent av aksjene. De tre aksjonærene var personlige aksjonærer og arbeidet i selskapet. De resterende 49 prosent ble eid av et aksjeselskap, som var passiv eier. De aktive aksjonærene solgte sine aksjer for kr 9,7 mill. Rett etterpå solgte aksjeselskapet sine aksjer for kr 4,5 mill. De tre personlige aksjonærene forpliktet seg til å arbeide videre i selskapet i tre år etter salget, samt at de påtok seg konkurranseforbud til sammen i åtte år. Dersom noen av dem sluttet i bindingstiden, ville det oppstå en plikt for de aktive selgerne til å tilbakebetale deler av vederlaget. Hvor mye som skulle tilbakebetales var avhengig av om en eller flere sluttet, og etter hvor lang tid vedkommende sluttet. Beløpet som skulle tilbakebetales var på inntil kr 4 mill. Spørsmålet var etter dette om avtalens bestemmelser om bindingstid og tilbakebetaling innebar at kr 4 mill. skulle anses som forskudd på arbeidsvederlag.

Lagmannsretten tok utgangspunkt i at vederlaget måtte subsummeres under sktl. av 1911 § 42, nå sktl. § 5-1, dersom vederlaget skulle kunne omklassifiseres fra kapitalinntekt til arbeidsinntekt. Retten uttalte i den forbindelse:

”I utgangspunktet omfattes ikke fordel i form av gevinst ved salg av formuesobjekter, og da heller ikke gevinst ved salg av aksjer. Lagmannsretten tar videre utgangspunkt i at aksjegevinst som er foranlediget av eller står i sammenheng med arbeidsforholdet ikke uten videre omfattes av skatteplikten etter skatteloven 42. Det avgjørende er om fordelene må anses som ”vunnet” ved arbeidsforholdet. Tilknytningskravet ”vunnet ved” innebærer at det er nødvendig med en faktisk forbindelse mellom arbeidsinnsatsen og fordelene som

²³ Frederik Zimmer, *Lærebok i skatterett*, s. 50.

oppnås, men en faktisk forbindelse er ikke tilstrekkelig. I Pre Finans-dommen vises det blant annet til Rt-1958-583 (Hagerup-dommen) vedrørende tilknytningskravet i skatteloven § 42 første ledd ... Det kreves således at sammenhengen mellom fordel og arbeidsinnsatsen er ”så nær” og at det er ”naturlig” å anse inntekten som arbeidsinntekt.”

Lagmannsretten foretok en helhetsvurdering av alle relevante forhold og kom til at det var tilstrekkelig tilknytning mellom deler av aksjevederlaget og selgernes fortsatte arbeid i selskapet. Kr 4 mill. av aksjevederlaget ble omklassifisert fra aksjevederlag til arbeidsinntekt. Beløpet som ble omklassifisert var det som etter avtalen var knyttet opp mot bindingstiden.

Dommen viser at utgangspunktet i earn-out-saker er at aksjegevinster i utgangspunktet ikke omfattes av ”fordel vunnet ved arbeid” i § 5-1 første ledd jf. § 5-10. Det kreves mer enn bare å konstantere en tilknytning mellom aksjegevinsten og arbeidsforholdet for å kunne omklassifisere. Det kreves at tilknytningen er så nær at det er naturlig å se gevinsten som ”vunnet ved arbeid”. Lagmannsretten legger til grunn samme vurderingstema som det som ble formulert i Hagerup-dommen. Argumentasjonen er også i tråd med tilgrensende praksis fra Høyesterett.

Den andre lagmannsrettsdommen om earn-out er den såkalte Friborg Hansen-dommen. En aksjonær som var aktiv i selskapet, solgte alle sine aksjer. Av vederlaget skulle 81,5 prosent betales av kjøper med en gang. Dette vederlaget ble beskattet som aksjegevinst. 18,5 prosent skulle betales senere. Utbetaling av restvederlaget var betinget av at selgeren arbeidet videre etter salget i en periode på tre år. Det rettslige spørsmålet var om den betingede del av vederlaget skulle anses som fordel vunnet ved arbeid etter skatteloven § 42 første ledd. For vurderingen tok lagmannsretten utgangspunkt i § 42 og sa at alle typer fordeler som er foranlediget av arbeid var omfattet av bestemmelsen. Videre uttalte retten:

”... at det er tilstrekkelig at arbeidsforholdet må ha gitt foranledning til at skattyter kan ha innvunnet fordel, støttes av Rt-1958-583 (Hagerupdommen), Rt-1974-976

(Vesaasdommen) og Rt-1979-481 (Havrevolddommen). Det kan også vises til Rt-2003-504 (Oppfinnerdommen). ... Dommen bekrefter at det er tilstrekkelig at arbeidsforholdet har foranlediget inntekten.”

På bakgrunn av at utbetaling av 18,5 prosent av vederlaget var betinget av at selger arbeidet videre i en bindingstid, kom retten til at denne del av vederlaget skulle beskattes som fordel vunnet ved arbeid etter § 42, nå sktl. § 5-1 første ledd.

Skal man ta lagmannsretten på ordet, så vil det være tilstrekkelig å konstantere en tilknytning mellom arbeidet og aksjevederlaget for å kunne omklassifisere. Dersom dette er riktig, så vil nesten alle tilfeller som gjelder salg av aksjer som er tegnet i arbeidsgiverselskap kunne omfattes av ”fordel vunnet ved arbeid”, jf. § 5-1 første ledd. Vi har tidligere sett at det i Høyesterettspraksis ikke har vært tilstrekkelig å bare konstantere en sammenheng mellom arbeidsforholdet og vederlaget for å omklassifisere en kapitalinntekt til arbeidsinntekt, uten å også vurdere hvordan det er mest naturlig å se denne.

Basert på den siterte uttalelse i Friborg Hansen-dommen, kan det se ut som retten ikke har vurdert alle relevante forhold i saken og hvordan det er mest naturlig å klassifisere salgsvederlaget. Retten støtter videre synspunktet om at det er tilstrekkelig at arbeidsforholdet har foranlediget inntekten, på Hagerup-dommen og Lundgaard (Oppfinner)-dommen. Imidlertid ble det som kjent sagt i disse dommene at det ikke er tilstrekkelig å bare påvise en tilknytning, uten å vurdere hvordan det er mest naturlig å se forholdet.²⁴

Når det gjelder spørsmålet om hva lagmannsretten har lagt vekt på i Friborg Hansen-dommen, ser det ikke ut til å ha vært sammenfallende med vurderingstemaet i

²⁴ Morten Foros Krohnstad, ”En delingsmodell for aksjegevinsten?”, *Skatterett*, 2006 nr. 01 s. 67-81, (s. 78).

Høyesterettsdommene som gjaldt grensen mellom kapitalinntekter og arbeidsinntekter generelt. Da det ser ut til at lagmannsretten ikke har tatt utgangspunkt i det som er gjeldende rett, kan ikke den siterte uttalelse medføre noen endring i hva som er vurderingstema for earn-out-tilfeller. Retten henviste til blant annet Hagerup-dommen og Lundgaard (Oppfinner)-dommen, noe som er riktig å gjøre, men formulerte vurderingstemaet feilaktig.

På den annen side er det ikke sikkert at lagmannsretten har lagt et annet vurderingstema til grunn enn det som ble formulert i Hagerup-dommen og fulgt opp i Vistnes-dommen. Den siterte uttalelse kan ha vært en noe upresis formulering fra retten sin side. Retten viste til dommer fra Høyesterett der det i tillegg til at arbeidsforholdet var foranledning til innvinning av fordelen ble vurdert hvordan det var mest naturlig å klassifisere denne. Det har da formodningen for seg at lagmannsretten også var enig i dette. Det er ikke sikkert at resultatet er galt, men momenter ut over det som ga tilknytning mellom arbeidsforholdet og aksjegevinsten, ble etter min oppfatning avvist uten å bli tatt i betraktning i en helhetsvurdering.

For problemstillingen, som er om en del av aksjevederlaget kan omklassifiseres og beskattes etter sktl. § 5-1 første ledd ”fordel vunnet ved arbeid”, er vurderingstemaet etter dette også for earn-out om deler av aksjevegevinsten har tilstrekkelig nær tilknytning til arbeidsforholdet, slik at det er naturlig å anse vederlaget som ”fordel vunnet ved arbeid”, jf. sktl. § 5-1 første ledd og § 5-10. Vurderingstemaet ble anvendt for earn-out i Vistnes-dommen, men tilsynelatende ikke i Friborg Hansen-dommen.

Imidlertid gir ikke vurderingstemaet mye veiledning for hvordan earn-out-situasjoner konkret skal løses, ut over hva som følger av ordlyden ”vunnet ved” i sktl. § 5-1 første ledd og § 5-10. I det vi har kommet frem til ligger det at det må foretas en skjønnsmessig vurdering. Om det er grunnlag for omklassifisering vil av den grunn bero på en helhetsvurdering av alle relevante momenter i den konkrete sak. Momentene skal gjennomgå i de neste kapitler.

5 Selger har bundet seg til å arbeide videre i selskapet etter salget

5.1 Innledning

I vurderingen av om et aksjevederlag kan omklassifiseres fra aksjegevinst til arbeidsinntekt når en aktiv aksjonær skal fortsette å arbeide etter salget, blir det som vi har sett ovenfor et spørsmål om aksjevederlaget har tilstrekkelig nær tilknytning til arbeidsforholdet slik at det er naturlig å anse det som ”fordel vunnet ved arbeid”, jf. sktl. § 5-1 første ledd og § 5-10. Dette avhenger av en helhetsvurdering.

Kjøper vil som nevnt stille som betingelse at selger binder seg til å arbeide videre. Ett moment i vurderingen er dermed om selger av aksjene har forpliktet seg til å arbeide i selskapet for en bestemt periode etter salget. Bindingstid ble som vi har sett også oppstilt som moment i uttalelsen fra Finansdepartementet, publisert i Utv. 1999 s. 225. At bindingstid er relevant i vurderingen så vi også i Friborg Hansen-dommen og Vistnes-dommen, der skattyter i begge sakene hadde inngått avtale om å arbeide videre for en bestemt periode etter salget.

Når det gjelder utformingen av bindingstiden kan dette gjøres på en rekke måter. De forskjellige klausuler kan for øvrig kombineres. Nedenfor skal de ulike avtaleklausuler som kan binde selger gjennomgås.

5.2 Bindingsklausul

5.2.1 Bindingsklausul med betinget vederlag

Bindingsklausul er en betegnelse som brukes om avtaler der selger av aksjene direkte påtar seg en plikt til å arbeide i selskapet for en bestemt periode, bindingstiden. Det typiske er at en del av vederlaget gjøres betinget av at arbeidsplikten overholdes.²⁵ Samtidig får selger

²⁵ Ståle Wangen, s. 41.

ofte forbud mot å ta del i konkurrerende virksomhet. Selger er bundet til å arbeide fordi utbetaling av restvederlaget er betinget av at arbeidsplikten overholdes.

Dersom flere selger samtidig hender det at selgerne er både aktive aksjonærer og passive aksjonærer. Når det gjelder bindingsklausuler er det mest vanlig at klausulen bare gjelder for de som påtar seg bindingstid. De passive selgerne får utbetalt hele sitt salgsvederlag uten betingelser. Av og til har imidlertid kjøper satt bindingstid for de aktive som betingelse for utbetaling av vederlaget til både passive og aktive aksjonærer. De passive bindes dermed ikke selv til å arbeide, men er avhengig av at de aktive oppfyller avtalen for å få sin del av vederlaget.

Betingelsen for å bli eier av vederlaget kan være suspensiv eller resolutiv.²⁶ Disse skal beskrives under, da det er to forskjellige måter å utbetale vederlaget på.

Den suspensive betingelsen innebærer at en del av vederlaget utbetales ved overdragelsen av selskapet, mens resten av vederlaget skal utbetales etter en trappetrinnsmetode i bindingstiden dersom selger overholder arbeidsplikten.²⁷ Et eksempel kan illustrere dette. Den aktive aksjonæren selger sitt selskap for kr 13 mill. Kr 10 mill utbetales av kjøper ved ervervelsen av aksjene. De resterende kr 3 mill. utbetales etter trappetrinnsmetoden med kr 1 mill. per år i bindingstiden som er tre år, forutsatt at selger fortsatt er ansatt.

Resolutiv betingelse for utbetaling av vederlaget betyr at selger får utbetalt hele salgsvederlaget med en gang. Dersom selger ikke overholder den avtalte arbeidsplikten, vil det oppstå en plikt til å tilbakebetale en del av vederlaget.²⁸

²⁶ Ole Gjems-Onstad, s. 1179.

²⁷ Ole Gjems-Onstad, s. 1179.

²⁸ Ole Gjems-Onstad, s. 1179.

Når det gjelder resolutivt betinget vederlag, kan en hevde at det ikke er aksjevederlaget som eventuelt skal tilbakebetales, og at tilbakebetalingen kun er en sanksjon mot brudd på klausulen, slik at det ikke er tilknytning mellom arbeidsforholdet og det betingede vederlaget overhodet. Det vil imidlertid ofte fremgå ved en tolkning av aksjesalgssavtalen at det er tilknytning mellom salgsvederlaget og bindingstiden, og at det er salgsvederlaget som skal tilbakebetales dersom selger skulle avslutte arbeidsforholdet tidligere. I Vistnes-dommen mente lagmannsretten at det var på det rene at et tilbakebetalingskrav ville bli utløst av brudd på bindingstiden, og at det ville medføre redusert vederlag per aksje. Det fremgikk dermed av sammenhengen at det var aksjevederlaget som ville bli redusert.

Det har imidlertid ingen betydning om betingelsen er resolutiv eller suspensiv når det gjelder spørsmålet om det er grunnlag for omklassifisering. I Vistnes-dommen var betingelsen resolutiv, mens i Friborg Hansen-dommen var derimot betingelsen suspensiv. Lagmannsretten tillot ikke dette noen betydning i noen av sakene, da det sentrale var at vederlaget faktisk var betinget av at bindingstiden ble overholdt.

Det at kjøper og selger har inntatt en bindingsklausul og betinget en del av vederlaget av overholdelse av avtalen medfører foruten at selger bindes til å arbeide, at det er en nær tilknytning mellom arbeidsforholdet og deler av salgsvederlaget. Derfor er eksistensen av en bindingsklausul med betinget vederlag et tungtveiende moment som taler for at det er tilstrekkelig nær tilknytning mellom aksjevederlaget og arbeidsforholdet slik at det er naturlig å se fordelene som ”fordel vunnet ved arbeid” jf. sktl. § 5-1 første ledd og § 5-10. I Vistnes-dommen uttalte lagmannsretten:

”... avtalens bestemmelser om bindingstid og tilbakebetaling, herunder konkurranseforbudet, sett i sammenheng med ... innebærer at det er tilstrekkelig tilknytning mellom deler av aksjevederlaget ... og selgernes fortsatte arbeid i selskapet.”

Uttalelsen tolkes slik at det legges stor vekt på at det er inntatt en slik bindingsklausul, og at det er et tungtveiende argument som taler for omklassifisering. Imidlertid er bindingsklausulen ikke avgjørende alene.

I Friborg Hansen-dommen la lagmannsretten vekt på at utbetaling av restvederlaget var betinget av at skattyter var ansatt hele bindingstiden. Skattyter sluttet på dagen etter at bindingstiden var ute, og bindingsklausulen hadde således hatt virkning. På den bakgrunn kom retten til at det var grunnlag for å omklassifisere den betingede delen av vederlaget. Det kan se ut til at eksistensen av bindingsklausulen ble ansett som tilstrekkelig for omklassifisering. Det er tidligere nevnt at lagmannsretten uttalte at det var tilstrekkelig at arbeidsforholdet hadde foranlediget innvinning av fordelene, og at det er uklart om retten mente dette bokstavelig eller bare var upresis i formuleringen. For lagmannsretten var bindingsklausulen tilsynelatende avgjørende alene, da selger var bundet og hele vederlaget ikke hadde blitt utbetalt dersom selger hadde sluttet tidligere.

5.2.2 Spesielt om generelle bindingsklausuler

Dersom det er flere aktive aksjeselgere kan bindingsklausuler gjøres generelle eller individuelle. En individuell klausul gjelder for hver enkelt selger personlig, selv om det er flere selgere som også har bindingstid. Dersom en selger slutter før bindingstiden er ute vil han få avkortning i sin andel av aksjevederlaget, men uten at det påvirker de øvrige selgerne.²⁹

Generelle bindingsklausuler gjelder for flere personer samlet. Hver for seg er personene ikke like viktig for kjøper. Samlet er de et team som er verdt mer enn når de står alene. Utbetaling av restvederlaget, eller om det oppstår en tilbakebetalingsplikt, avhenger av at hele gruppen fortsetter. Dersom en av personene slutter før bindingstiden er ute får det konsekvenser for vederlaget til alle i gruppen.³⁰

²⁹ Ståle Wangen, s. 41.

³⁰ Kristian Kvamme, s. 318.

Når det gjelder generelle bindingsklausuler, kan den enkelte i gruppen hevde at vederlaget ikke kan skattlegges som ”fordel vunnet ved arbeid” jf. § 5-1 første ledd. Bindingstiden er knyttet til at gruppen samlet fortsetter, ikke til den enkelte selger og hans arbeidsforhold. Sammenlignet med individuelle bindingsklausuler medfører det at sammenhengen mellom den enkeltes andel av vederlaget og bindingstiden med arbeidsplikt blir fjernere.³¹ Spørsmålet er da om det likevel kan være så nær tilknytning mellom den betingede del av vederlaget og den enkeltes arbeidsplikt, slik at den generelle bindingsklausulen er et moment som taler for omklassifisering av deler av salgsvederlaget.

Selv om tilknytningen blir fjernere, kan ikke det at klausulen er generell i seg selv forhindre omklassifisering. Det må også i en situasjon med generelle bindingsklausuler foretas en konkret helhetsvurdering av alle relevante forhold. Dersom man kommer til at det er ytet et mervederlag i salgsvederlaget for at den enkelte skal arbeide, må det anses å være tilknytning mellom den enkeltes arbeidsforhold og vederlaget, slik at dette anses som et moment som taler for omklassifisering.³²

Til støtte for dette synspunktet kan det vises til en avgjørelse fra Ligningsnemda, Oslo Ligningskontor i Utv 2000 s. 1775. Saken gjaldt fem økonomer som hadde arbeidet i et team i en bedrift, som senere gikk over til å arbeide for et annet firma. Overgangen skjedde ved at partene stiftet et aksjeselskap med like andeler. Dagen etterpå solgte de to tredjedeler av aksjene til det firmaet de hadde gått over til. Økonomene forpliktet seg samtidig kollektivt til å være ansatt i firmaet i tre år. To år senere overdro økonomene ytterligere ti prosent av aksjene, og de forpliktet seg til å være ansatt i ytterligere tre år. Det rettslige spørsmålet i saken var om aksjevederlaget ved de to transaksjonene helt eller delvis skulle beskattes som personinntekt etter sktl. av 1911 § 42 første ledd og § 55 første ledd nr. 1 bokstav a, nå sktl. § 5-1 første ledd og § 12-2 a. Nemda la avgjørende vekt på at det høye

³¹ Ståle Wangen, s. 42.

³² Kristian Kvamme, s. 318-319.

vederlaget var foranlediget av at partene hadde bundet seg til å arbeide i selskapet.

Ligningsnemda uttalte:

”Det at forpliktelsen gjaldt samlet for hele gruppen fratok ikke mervederlaget karakteren av å være knyttet opp til den personlige arbeidsinnsats. Dette gjaldt også den del av vederlaget som var en direkte konsekvens av at skattyteren var en del av et team, og at arbeidsinnsatsens ”verdi” dermed ble høyere.”

Ligningsnemda kom til at en vesentlig andel av aksjevederlagene ved begge transaksjonene skattemessig måtte klassifiseres som forskudd på lønn, og ved den første transaksjonen delvis som tiltredelsesvederlag.

Uttalelsen støtter det synspunkt at generelle klausuler kan være et moment som taler for omklassifisering.

Ligningsnemda klassifiserte deler av vederlaget som forskudd på lønn, og noe som sign-on fee. Til tross for at deler gjaldt lønn, skiller denne saken seg fra earn-out-tilfeller, da selskapet var tomt og uten aktivitet ved tidspunktet for den første overdragelsen. Saken kan anses mer som en sak om sign on-fee.³³ Vedtaket kan uansett tjene som veiledning for earn-out-tilfeller, da det rettslige spørsmålet var om vederlaget kunne omklassifiseres fra aksjegevinst til forskudd på arbeidsinntekt.

5.2.3 Arbeidsvederlag eller sikkerhet for avgitte garantier

Når det gjelder bindingsklausuler med betinget vederlag, er det klart at eksistensen av en slik er et moment som taler for omklassifisering av deler av salgsvederlaget. Spørsmålet er imidlertid om det kan legges et annet syn til grunn på bindingsklausulen, slik at man ikke anser vederlaget for å ha tilknytning til arbeidet som selgerne binder seg til.³⁴

³³ Kristian Kvamme, s. 318. Ole Gjems-Onstad, s. 1178.

³⁴ Ståle Wangen, s. 42.

Ett synspunkt kan være at en del av vederlaget er gjort betinget og fungerer som en sikkerhet for avgitte garantier om at selger skal fortsette i selskapet, og har derfor ikke tilknytning til arbeidsforholdet. Argumentet for dette kan være at det ikke er anledning til å inngå avtaler som tillater tvangsinndrivning av arbeidsforpliktelser i norsk arbeidsrett og tvangsforfølgingsrett, og at kjøper må sikre seg på annen måte.³⁵ Restvederlaget refererer seg dermed ikke til arbeidet, men fungerer som en bot.

Det at det resolutivt betingede vederlag skulle fungere som en konvensjonalbot og "... et pressmiddel for fortsatt ansettelse, der arbeidsretten ikke gir hjelp." ble anført av skattyter i Vistnes-dommen. Lagmannsretten mente at synspunktet kanskje kunne ha noe for seg, for eksempel der tilbakebetalingen gjaldt hele eller store deler av vederlaget. Imidlertid uttalte retten:

"Dette er dog ikke situasjonen i nærværende sak der en nærmere definert andel av vederlaget er knyttet opp mot selgernes aktivitet i selskapet, og der arbeidsforpliktelsen fremstår som et vesentlig element i avtalen."

Av det retten sa kan det sluttet at synspunktet kan få gjennomslag, dersom hele eller store deler av vederlaget er betinget. Har man knyttet et mindre beløp opp mot bindingstiden, er det i mange tilfeller mest naturlig å anse dette som betaling for arbeidsinnsatsen. En bindingsklausul avtales dessuten som regel fordi det er sentralt for kjøper at selger påtar seg bindingstid og arbeider i denne, ofte er det en betingelse for kjøpet. Dette kan sammen med at en mindre del av vederlaget er betinget, tale mot at bindingsklausulen skal anses som bare en sikkerhet for kjøper.

Videre kan det vises til et sitat fra Finansdepartementets uttalelse i Utv. 1999 s. 225:

³⁵ Ole Gjems-Onstad, s. 1176.

”Ved vurdering av bindingstidens betydning bør det legges liten vekt på mulige arbeidsrettslige argumenter om at arbeidstaker ikke gyldig kan fraskrive seg retten til å si opp arbeidsforholdet, ... Tillitsforholdet mellom selger og kjøper, og evt økonomiske sanksjoner mot tidlig fratreden i strid med forutsetningene ved aksjeoverdragelsen, kan i alle fall utgjøre en virksom, reell binding.”

Slik jeg tolker dette mener departementet at det ikke er nødvendig å gjøre en del av vederlaget betinget for å sikre seg at selger overholder forpliktelsen. Dermed må det legges liten vekt på anførsler om at bindingsklausul med betinget vederlag bare representerer en sikkerhet for kjøper, da selger på andre måter kan bli bundet til å arbeide.

Uttalelsen harmonerer med det lagmannsretten sa i Vistnes-dommen. Argumentet ble ikke tillagt stor vekt, i tråd med Finansdepartementets uttalelse, men det kan etter omstendighetene som lagmannsretten nevnte slå gjennom.

Et annet synspunkt kan være at den betingede del av vederlaget fungerer som en sikkerhet for garantier om selskapets tilstand som selger har avgitt i anledning kjøpet, selv om restvederlaget samtidig er betinget av at selger overholder bindingstiden.

I Friborg Hansen-dommen anførte skattyter at den betingede delen av vederlaget representerte en sikkerhet for kjøper i anledning at selger hadde påtatt seg en rekke forpliktelser, og kjøper kunne motregne ethvert krav mot hvem som helst av selgerne. Det sentrale var at den betingede delen av vederlaget representerte en sikkerhet for kjøper. Lagmannsretten kommenterte ikke det anførte.

Innvendingene mot å anse den betingede del av vederlaget som en sikkerhet for at arbeidsforpliktelsen ble overholdt og som sikkerhet for avgitte garantier, og ikke som arbeidsvederlag, kunne i liket med Vistnes-dommen være at en mindre del av totalvederlaget var definert og knyttet opp mot bindingstiden. Det var en tilknytning mellom arbeidsforholdet og en bestemt del av vederlaget.

Imidlertid argumenterte retten i Vistnes-dommen med at arbeidsforpliktelsen fremsto som et vesentlig element i avtalen. I Friborg Hansen-dommen var arbeidsforpliktelsen en del av et opplegg der selgerne hadde avgitt garantier i tillegg til å påta seg arbeidsforpliktelsen. Lagmannsretten kunne av den grunn ha drøftet det at den betingede del av vederlaget også fungerte som sikkerhet for garantikrav mot selgerne. Arbeidsforpliktelsen kunne totalt sett fremstå som et mindre vesentlig element.³⁶

Der en bestemt del av vederlaget har tilknytning til bindingstiden, er det et moment som taler for å se vederlaget som ”fordel vunnet ved arbeid” jf. sktl. § 5-1 første ledd og § 5-10 og ikke som en sikkerhet. Synspunktet kan imidlertid bli et annet dersom selger foruten å ha påtatt seg bindingstid har avgitt andre garantier, og kjøper har rett til å ta seg dekning også i den betingede del av vederlaget for krav som måtte oppstå ved mislighold.

Eventuelt kan det bli snakk om at ikke hele restvederlaget kan omklassifiseres.³⁷ Dette hører i så fall til spørsmålet om hvor mye kan omklassifiseres.

5.2.4 Særlig om der vederlaget ytes i aksjer

Over har vi sett på bindingsklausuler der salgsvederlaget har blitt ytet i penger. Det hender imidlertid at selger av aksjene mottar vederlag i form av aksjer i det overtakende selskap.³⁸

Omklassifisering kan også være aktuelt der vederlaget ytes i aksjer, selv om brudd på en bindingstid ikke medfører like direkte konsekvenser for selger av aksjene.

Vurderingstemaet blir tilsvarende om det er tilstrekkelig nær tilknytning mellom arbeidsforholdet og deler av salgsvederlaget, slik at det er naturlig å anse fordelene som ”vunnet ved arbeid” jf. § 5-1 første ledd. Til aksjene som selger mottar er det ofte knyttet restriksjoner når det gjelder adgangen til å omsette aksjen i bindingstiden. Ved brudd på

³⁶ Morten Foros Krohnstad, ”En delingsmodell for aksjegevinsten?”, s. 78.

³⁷ Frederik Zimmer, *Bedrift, selskap og skatt*, s. 587.

³⁸ Ole Gjems-Onstad, s. 1177.

bindingstiden må selger levere eller selge aksjen tilbake. Dersom prisen er avtalt til å være lavere enn opprinnelig verdi på aksjen, må det være et moment som taler for omklassifisering.³⁹ Tilfellet ligner situasjonen der vederlaget er ytet i penger og det er en resolutiv betingelse, der selger må arbeide for at det ikke skal oppstå en tilbakebetalingsplikt av deler av aksjevederlaget.

5.2.5 Bindingsklausul uten betinget vederlag

Når det gjelder måter selger kan binde seg til å arbeide i selskapet på, har vi sett på bindingsklausuler der en del av vederlaget er gjort betinget av at bindingstiden overholdes. Her skal vi se på bindingsklausuler uten betinget vederlag.

Selger og kjøper kan avtale ved overdragelsen at selger skal arbeide videre i selskapet etter salget. Imidlertid er ingen del av salgsvederlaget betinget av at selger holder avtalen, slik at vedkommende ikke er tvunget til å arbeide for å få restvederlaget. Derimot kan lojalitet til arbeidsgiver og det at det er etablert et tillitsforhold til kjøper medføre en barriere mot å bryte en avtale. Dessuten kan det tenkes at kjøper vil kunne kreve erstatning som følge av tap dersom selger bryter avtalen.⁴⁰ Dermed kan selger i realiteten være bundet til å arbeide ut den tiden om er avtalt for å unngå konsekvenser, selv om det ikke skjer noen avkortning i salgsvederlaget om han slutter før.

En slik avtale om bindingstid som ikke knytter en del av vederlaget mot arbeidsforpliktelsen men som faktisk binder selger, er også et moment som taler for omklassifisering. Det skapes imidlertid ikke en så nær tilknytning mellom en bestemt del av vederlaget og arbeidsforholdet som bindingsklausul med betinget vederlag.

I denne forbindelse kan det vises til en dom fra Nord-Østerdal tingrett, publisert i Utv. 2007 s. 990 (Alvdal bygg). Det gjøres oppmerksom på at dommen er anket og derfor ikke er

³⁹ Kristian Kvamme, s. 317.

⁴⁰ Utv. 1999 s. 225.

rettskraftig. Saken gjaldt heller ikke overdragelse av aksjeselskap, men enkeltpersonforetak. Dommen har likevel interesse som veiledning og illustrasjon.

Saken gjaldt et malemesterfirma som var solgt til et entreprenørfirma. Vederlaget selger fikk var kr 2 mill. Av denne summen var kr 400.000 varelager, utstyr og lignende. Kr 1.600.000 var:

”goodwill i nevnte virksomhet bestående i renommé... og omdømme, etablerte kundeforhold, fagkunnskap og dyktighet m.v. Kr 1.600.000”.

I kjøpekontrakten var det inntatt en klausul under overskriften ”bindingstid” som bestemte at selger forpliktet seg til å arbeide frem til pensjonsalder hvis helsen hans gjorde det mulig. Samtidig var det inntatt en motstridende klausul om at det gjaldt en gjensidig rett til oppsigelse. Spørsmålet i saken var om beløpet var vederlag for noe annet enn selgers foretak, og om salgsvederlaget skulle klassifiseres helt eller delvis som arbeidsvederlag. I vurderingen som ble foretatt av retten, var ett av momentene om selger hadde bundet seg til å arbeide i bedriften. Retten kom etter en tolkning av avtalen til at selger ikke var forpliktet til å arbeide ut over vanlig oppsigelsestid. Tingretten bemerket spesielt at det at selger fikk hele salgsvederlaget utbetalt med en gang uten noen plikt til å tilbakebetale en del hvis han sluttet etter kort tid, trakk i retning av at kjøpesummen gjaldt foretaket og ikke arbeidsvederlag. Videre mente retten at det hadde formodningen mot seg at kjøper ville betalt et forskudd på lønn for en periode på 15 år, som var tiden frem til pensjonsalder. Etter en vurdering av flere forhold i saken kom retten til at det ikke forelå grunnlag for å omklassifisere noen del av vederlaget.

Synspunktet om at det at selger hadde fått hele vederlaget utbetalt med en gang, taler mot at kjøpesummen gjelder arbeidsvederlag, kan ikke alltid være riktig for de tilfeller der avtalen forplikter selger til å bli i arbeid. Som sagt kan en selger i realiteten føle seg forpliktet til å holde en avtale om bindingstid, selv om brudd ikke får konsekvenser for salgsvederlagets størrelse. En del av salgsvederlaget kan dermed ha tilknytning til arbeidsforholdet som

selger har påtatt seg i bindingstiden, selv om avtalen ikke gjør noen del av vederlaget betinget.

Argumentet om at kjøper formodentlig ikke ville betalt et forskudd på lønn for en periode på 15 år, kan ha noe for seg. Jo lengre tid selger binder seg for, jo mindre sannsynlig kan det være at kjøper har vært villig til å betale forskudd på arbeidsvederlag. Selv om det er et tillitsforhold mellom kjøper og selger ved salget kan det være vanskelig å forutsi hvordan ting vil være mange år frem i tid. Det kan dermed være et moment som taler mot å se en del av salgsvederlaget som ”fordel vunnet ved arbeid”, jf. sktl. § 5-1 første ledd og § 5-10.

I Alvdal Bygg-dommen var ett av spørsmålene som kjent om selger hadde bundet seg til å bli i selskapet til pensjonsalder eller ikke. Skattyter forklarte under hovedforhandlingen at bestemmelsen om uoppsigelighet ble tatt inn etter ønske fra ham da han ville sikre seg jobb. Nå fant man at selger ikke var forpliktet ut over normal oppsigelsestid, men et slikt argument kan tenkes å være relevant i andre saker der man finner at selger har påtatt seg bindingstid.

Dersom det er tatt inn en klausul om bindingstid i avtalen, kan det at bindingstiden er avtalt av hensyn til selger være et moment som taler mot omklassifisering. Selger kan være redd for å stå uten arbeid for eksempel på grunn av alder eller et eventuelt konkurranseforbud. Legger man til grunn at bindingstiden er avtalt av hensyn til selger, kan det gjøre at det ikke er noen tilknytning mellom salgsvederlaget og arbeidet. Det er da mindre holdepunkter for å hevde at deler av salgsvederlaget er betaling for det arbeidet som selger skal gjøre i fremtiden. Hvorvidt synspunktet skal føre frem må vurderes i den konkrete sak.

5.2.6 Bindingsklausul for å effektivisere konkurranseforbudet

Over har vi sett at eksistensen av en bindingsklausul er et moment som taler for å se en del av vederlaget som ”fordel vunnet ved arbeid”, jf. § 5-1 første ledd. Det kan imidlertid spørres om det har noen betydning for spørsmålet om omklassifisering dersom bindingsklausulen avtales for å effektivisere konkurranseforbudet og selger får ubetydelig arbeidsoppgaver i bindingstiden.

Normalt er nok personene som har bindingstid nøkkelpersoner som kjøper trenger i videre arbeid for en periode. Det kan imidlertid forekomme tilfeller der kjøper krever at selger påtar seg bindingstid for å ha kontroll over selgers aktiviteter etter salget.

Skattyter anførte i Friborg Hansen-dommen at det sentrale ikke var å arbeide for selskapet, men at kjøper ønsket å forsikre seg om at konkurranseforbudet ble etterlevd. Skattyter fikk perifere arbeidsoppgaver og ble ”parkert på et sidespor”. Til dette sa lagmannsretten:

”Videre skal særskilt bemerkes at A nok fikk andre arbeidsoppgaver i perioden enn de som var forespeilet gjennom kjøpekontrakten og ansettelseskontrakten. ... Lagmannsretten ser ikke bort fra at arbeidet var mindre tyngende enn det A var vant til fra tidligere, men kan ikke finne grunnlag for As anførsel om at han nærmest ble ”parkert” på et sidespor... ”.

Det er ikke klart om retten med uttalelsen mener at det kunne hatt betydning for saken dersom selger ble parkert på et sidespor etter salget.

Man kunne se det at selger fikk andre og ubetydelige oppgaver som et argument mot omklassifisering. Forholdet kunne, som skattyter anførte, tilsi at det ikke var noen nær sammenheng mellom utbetalingen av vederlaget og en arbeidsinnsats fra selger. En innvending mot dette synspunktet er imidlertid at en slik parkering av selgeren kan være en effektiv måte å kontrollere overholdelse av konkurranseforbudet, noe som også ble anført i Friborg Hansen. Dersom bindingsklausulen anvendes for å håndheve konkurranseforbudet, må i så fall vederlaget antakeligvis anses som betaling for tapt arbeidsinntekt, og det skal uansett beskattes som ”fordel vunnet ved arbeid” jf. § 5-1 første ledd.

Det kan normalt ikke ha noen betydning for spørsmålet om omklassifisering hvorfor bindingstiden avtales og hva slags oppgaver selger får videre, når det først er inntatt en bindingsklausul.

5.3 Resultatklausul

5.3.1 Resultatklausul som i realiteten binder selger

Over har vi gjennomgått bindingsklausuler. Slike klausuler kan binde selger til videre arbeid ved å knytte en bestemt del av vederlaget opp mot arbeidsforholdet direkte, eller vederlaget kan utbetales ubetinget. Selger av aksjene kan også binde seg til å arbeide etter salget på en mer indirekte måte, ved å innta en resultatklausul i avtalen med kjøper.

Resultatklausul innebærer at kjøper betinger en del av vederlaget av at selskapet oppnår et bestemt resultat. Betingelsen kan være suspensiv eller resolutiv. Det bestemte resultat kan være at selskapet skal oppnå et visst overskudd eller resultat, at selskapet skal oppnå en bestemt børskurs, eller nå et mål om at selskapet skal klare å innarbeide seg i et nytt marked.⁴¹ Den betingede del av vederlaget er direkte knyttet opp mot selskapets prestasjoner. Selger får gjerne konkurranseforbud i tillegg.

Et eksempel er at en aktiv aksjonær selger sitt selskap for kr 13 mill. Kr 10 mill. utbetales ved overdragelsen av aksjene. Kr 3 mill. skal utbetales om tre år, dersom selskapet oppnår et bestemt resultat. Eventuelt utbetales hele beløpet med en gang, mens det vil oppstå en tilbakebetalingsplikt dersom resultatet ikke nåes.

Resultatklausuler gjelder ofte både for passive aksjonærer og for aktive aksjonærer som selger samtidig, slik at en del av vederlaget for alle selgerne er betinget. I andre tilfeller kan resultatklausulen gjelde bare for den aktive aksjonærens vederlag, selv om det er passive aksjonærer som selger samtidig.

Vurderingstemaet når man tar stilling til omklassifisering er som kjent om aksjevederlaget har tilstrekkelig nær tilknytning til arbeidsforholdet, slik at det er naturlig å se vederlaget som "fordel vunnet ved arbeid", jf. § 5-1 første ledd. Når det gjelder resultatklausuler er det ingen direkte tilknytning i avtalen mellom restvederlaget og det at selger skal fortsette å

⁴¹ Frederik Zimmer, *Bedrift, selskap og skatt*, s. 585.

arbeide etter salget. Selger er tilsynelatende ikke bundet til å arbeide. Spørsmålet er om resultatklausulen likevel kan være et moment som taler for å anse restvederlaget som arbeidsvederlag. Om det er tilfelle må bero på hvilken betydning selger har for at selskapet oppnår målet.

Det typiske for earn-out er at kjøper ønsker å binde selgere som faktisk er nøkkelpersoner til å arbeide. Dersom selger er en nøkkelperson i bedriften og helt sentral for at selskapet kan oppnå det bestemte resultat, er det et moment som taler for omklassifisering.

Begrunnelsen er at selger faktisk må arbeide i selskapet inntil målet er nådd for å få den betingede del av vederlaget, og virkningen av resultatklausulen er den samme som om bindingsklausul med betinget vederlag skulle vært avtalt. Når selger i realiteten er bundet, er det mye som taler for at tilfellet ikke bør behandles annerledes enn tilfeller der det er inngått en direkte bindingsklausul.⁴²

Motsatt vil det at selgers aktiviteter videre i selskapet har liten eller ingen betydning for at selskapet når målet, tale mot en omklassifisering av salgsvederlaget. Selger kan i prinsippet avslutte arbeidsforholdet uten at det har noen betydning for om han kommer til å få vederlaget eller ikke. Det må da være mest naturlig å anse hele salgsvederlaget som aksjegevinst siden resultatklausulen ikke binder selger til å arbeide videre.

Undertiden kan det være uklart om selger er en nøkkelperson eller ikke etter salget. Særlig i større selskaper kan det være tvil om selger er sentral for om målet nåes.⁴³ Det må antas at dersom det er tvil om vedkommende er sentral, så kan resultatklausulen ikke anses å binde selger og å være et moment som taler for å omklassifisere.

Som sagt vil det ofte foreligge en konkurranseklausul i kombinasjon med resultatklausulen. Et annet forhold som da må vurderes er hvor inngripende konkurranseklausulen er. Dersom

⁴² Frederik Zimmer, *Bedrift, selskap og skatt*, s. 585.

⁴³ Frederik Zimmer, *Bedrift, selskap og skatt*, s. 585.

klausulen regulerer selgers mulighet for å ta annet arbeid eller drive annen virksomhet så sterkt at han nærmest i realiteten får yrkesforbud, kan konkurranseklausulen sammen med resultatklausele binde selger.⁴⁴

Dersom det foreligger en slik regulering i kombinasjon med at selger er sentral for at selskapet skal nå det bestemte mål, er det klart et forhold som taler for omklassifisering. Dersom selger har en mindre sentral rolle og ikke anses som en nøkkelperson etter salget, eller det er uklart om han er nøkkelperson, kan en konkurranseklausul som nærmest medfører yrkesforbud føre til at selger bindes, og det blir tilknytning mellom arbeidsforholdet og deler av salgsvederlaget. Virkningen av resultatklausele og konkurranseklausul sammen er et moment som taler for omklassifisering.

Etter dette må det antas at dersom man kommer til at vederlaget i realiteten er betinget av at selger arbeider og selger dermed er bundet til å arbeide videre, så er det nær tilknytning mellom arbeidsforholdet og en del av vederlaget, slik at det er et moment som taler for å se deler av vederlaget som ”fordel vunnet ved arbeid”, jf. sktl. § 5-1 første ledd og § 5-10. Det er ingen grunn til å behandle en indirekte men faktisk binding gjennom resultatklausele annerledes enn en binding gjennom bindingsklausele, når realiteten er den samme.⁴⁵

5.3.2 Resultatklausele, vanlig betinget vederlag eller garanti

Etter omstendighetene kan det være spørsmål om den resultatavhengige delen av vederlaget ikke skal anses å ha noen tilknytning til arbeidet, men anses som et vanlig, betinget vederlag. Grunnen til at kjøper ønsker å holde en del av vederlaget tilbake kan være at selger har avgitt en garanti for at selskapet går bra, og kjøper holder vederlaget tilbake inntil han ser om det går så bra som selger hevder. Dersom det går frem av salgsavtalen at vederlag tilbakeholdes av en slik grunn, er det antakeligvis riktig at denne delen av

⁴⁴ Sverre Hveding, bilde 23.

⁴⁵ Frederik Zimmer, *Bedrift, selskap og skatt*, s. 585.

vederlaget må anses som vanlig, betinget salgsvederlag, ikke som ”fordel vunnet ved arbeid” jf. § 5-1 første ledd.⁴⁶

Et problem kommer imidlertid til syne når det er tatt inn en resultatklauseul i avtalen, og man finner at selger i realiteten er bundet til å arbeide videre for at vederlaget skal utbetales. Samtidig har partene avtalt at den betingede del av vederlaget skal anses som en garanti og fungere som et vanlig, betinget vederlag. Det er tilknytning mellom restvederlaget og bindingstiden, slik at resultatklauseulen er et moment som taler for å se vederlaget som ”fordel vunnet ved arbeid” jf. sktl. § 5-1 første ledd. Samtidig er det nærliggende å anse det betingede vederlaget som aksjevederlag.

Da kan man antakeligvis ikke anse hele restvederlaget som arbeidsvederlag.⁴⁷ Dette blir i så fall et spørsmål om hvor mye av det betingede vederlag som skal omklassifiseres.

5.4 Konkurransklauseul

Konkurransklauseul kan i likhet med bindingsklauseul og resultatklauseul medføre at selger blir bundet til å arbeide etter salget. En konkurransklauseul innebærer konkurranseforbud for selger. Selger kan ikke starte ny konkurrerende virksomhet. I noen tilfeller kan selger heller ikke ta ansettelse i andre selskaper som driver innen samme bransje som solgte selskap. Konkurransforbud kan også gjelde mot å eie aksjer eller andeler i selskaper som direkte eller indirekte konkurrerer med det solgte selskap. En del av vederlaget kan gjøres betinget av at selger overholder konkurranseforbudet.

I utgangspunktet kan man anse det at en del av vederlaget er betinget av overholdelse av konkurransklauseulen, som en sikkerhet for at forbudet overholdes. Restvederlaget har således ikke direkte tilknytning til noe arbeidsforhold, og skal heller ikke fungere som kompensasjon for tapt arbeidsinntekt. Konkurransklauseulen kan på den annen side være så omfattende at den nærmest medfører yrkesforbud for selger, og da kan saken stille seg

⁴⁶ Ole Gjems-Onstad, s. 1185.

⁴⁷ Frederik Zimmer, *Bedrift, selskap og skatt*, s. 587.

annerledes. Grunnen til det er at konkurranseforbud undertiden kan gi samme virkning som avtalt arbeidsplikt.⁴⁸

Konkurranseforbudet kan medføre en sterk begrensning i hvilke jobber vedkommende kan ta seg. Alderen kan gjøre ham mindre attraktiv på arbeidsmarkedet. Utdanning og kompetanse kan være så spesielt at selger blir forhindret i å ta annet lønnet arbeid.⁴⁹ Vedkommende kan være uinteressert i å jobbe innen en annen bransje. Dersom man er utdannet innen for eksempel reklame er det kanskje ikke aktuelt å arbeide med noe annet. For å kunne overholde konkurranseklausulen må selger arbeide videre i selskapet som er overdratt. Vedkommende er bundet til å arbeide. Dersom konkurranseklausulen medfører at selger i realiteten er bundet til å arbeide for å få utbetalt vederlaget, er det et tungtveiende moment som taler for omklassifisering. Ikke bare bindes selger, det skapes også en tilknytning mellom deler av aksjevederlaget og selgers arbeidsforhold etter salget.

En annen situasjon er at selger ikke vil kunne ta nytt arbeid i bindingstiden på grunn av konkurranseklausulen, men at han heller ikke skal arbeide etter salget. Restvederlaget må da kunne anses som erstatning for tapt arbeidsinntekt, og skal uansett beskattes som ”fordel vunnet ved arbeid” etter § 5-1 første ledd. Unntak kan imidlertid tenkes dersom selskapet overdras fordi selger ikke ønsker å arbeide mer. Spørsmålet er da om man kan anse konkurranseklausulen og det betingede vederlag kun som en forsikring for kjøper om at selger holder ord om at han ikke skal jobbe mer, og ikke som erstatning for at vedkommende ikke vil kunne ta lønnet arbeid. Om et slikt synspunkt skal føre frem må bero på en konkret helhetsvurdering i hvert tilfelle.

Dersom konkurranseforbudet ikke er så inngripende at selger ikke er forhindret fra å ta annet arbeid så lenge konkurranseforbudet virker, taler det mot omklassifisering av vederlaget. Vedkommende kan avslutte arbeidsforholdet og ta annet arbeid uten å bryte

⁴⁸ Frederik Zimmer, *Bedrift, selskap og skatt*, s. 585.

⁴⁹ Frederik Zimmer, *Bedrift, selskap og skatt*, s. 585.

avtalen, og han er da ikke bundet. Det at det ikke foreligger noen binding fører også til at det ikke er noen tilknytning mellom aksjevederlaget og arbeidsforholdet. Dersom selger skal arbeide et annet sted etter salget taler det samme mot at en del av vederlaget er kompensasjon for tapt arbeidsinntekt.

En ren, inngripende, konkurranseklausul uten betinget vederlag kan også binde selger til å arbeide. Dersom selger bryter avtalen kan kjøper etter omstendighetene kreve erstatning som følge av tap, og er derfor villig til å utbetale hele vederlaget med en gang. For selger medfører det at han i realiteten blir bundet til å arbeide for å kunne overholde avtalen.

I de fleste tilfeller vil konkurranseforbud opptre sammen med en bindingsklausul eller en resultatklauseul. Dersom bindings- eller resultatklauseulen medfører en reell binding av selger, er det et moment som taler for omklassifisering. Konkurranseklausulen har i slike tilfeller ingen selvstendig betydning for spørsmålet om det er grunnlag for omklassifisering. Det er da ikke nødvendig å drøfte betydningen av en slik. En konkurranseklausul i kombinasjon med bindings- eller resultatklauseul kan imidlertid ha betydning for spørsmålet om hvor mye som kan omklassifiseres. Ellers har vi sett at konkurranseklausulen kan anvendes alene, og kan etter omstendighetene binde selger og være et moment som taler for omklassifisering.

5.5 Spesielt om der en del av både passive og aktive selgeres vederlag er betinget

Det hender som sagt at selskapet har både passive og aktive aksjonærer og disse selger samtidig. I de tilfeller der selger er bundet og en del av vederlaget til både passive og aktive er betinget, kan det så spørres hvilken betydning det skal ha, og om det er problematisk å behandle den betingede del av vederlaget ulikt for de passive og aktive, siden alle er underkastet samme betingelser.⁵⁰

⁵⁰ Ole Gjems-Onstad, s. 1185.

I utgangspunktet er det mye som taler for å ikke vurdere tilfellet annerledes enn når bare vederlaget til selgerne som skal arbeide er betinget. Det at selgerne har bundet seg til å arbeide og at en del av vederlaget er knyttet til dette, medfører en nær tilknytning mellom arbeidet og aksjevederlaget, og er et moment som taler for omklassifisering. At passive selgere har samme betingelser tar i seg selv ikke bort denne tilknytningen.

På den annen side kan det at alle selgernes vederlag er betinget, tyde på at det betingede vederlag ikke bare knytter seg til arbeidsinnsatsen som selgerne skal utføre. Grunnen til det er at alle har fått betingelser for deler av vederlaget. Dersom vederlaget skal fungere som et betinget arbeidsvederlag til de aktive selgerne kan det ha formodningen mot seg at kjøper også setter betingelser for deler av vederlaget til passive selgere. Det kan tenkes et synspunkt om at restvederlaget skal fungere som en sikkerhet for kjøper om at selger overholder arbeidsforpliktelsen, og at vederlaget ikke har tilknytning til arbeidsinnsatsen.

Om det skal ha noen betydning for spørsmålet om omklassifisering må bero på en totalvurdering av alle momentene i den konkrete sak, som aksjevederlagets størrelse i forhold til verdien av selskapet, fordelingen av salgsvederlaget og om selger mottar markedslønn i bindingstiden.

Dette er etter omstendighetene også et spørsmål om hvor mye som kan omklassifiseres fra aksjegevinst til arbeidsinntekt og i så fall beskattes som "fordel vunnet ved arbeid" jf. sktl. § 5-1 første ledd og § 5-10.

5.6 Aksjene eies av et holdingselskap

Hittil har vi sett på tilfeller der den aktive selger har vært en fysisk person. Det kan imidlertid også være at aksjene eies av en aktiv aksjonær gjennom et holdingselskap. Dersom den aktive aksjonæren ved overdragelsen påtar seg bindingstid, oppstår spørsmålet om den betingede del av vederlaget kan beskattes som "fordel vunnet ved arbeid" jf. § 5-1 første ledd.

Spørsmålet må besvares på bakgrunn av alminnelige skatterettslige prinsipper om tilordning av inntekter. Den generelle hovedregel er at den som etter det underliggende privatrettslige forhold er berettiget til inntekten, skal tilordnes inntekten.⁵¹ I avtalen med kjøper er det selskapet som har krav på salgsvederlaget. Imidlertid kan det være tilfelle at en del av vederlaget må anses som "fordel vunnet ved arbeid", jf. § 5-1 første ledd og § 5-10 fordi aksjevederlaget har tilstrekkelig nær tilknytning til arbeidsforholdet. Aksjonæren vil dermed være berettiget til vederlaget og kan ikke tilordne selskapet inntekten. Det er sikker rett at skattyter ikke kan disponere over inntekten med skatterettslig virkning.⁵²

For øvrig er sktl. § 13-1 en særregel som også kan anvendes i disse tilfellene.

Etter dette er det klart at selv om det er et holdingselskap som selger aksjene, kan en del av salgsvederlaget omklassifiseres fra aksjegevinst til "fordel vunnet ved arbeid" jf. § 5-1 første ledd og beskattes på den personlige aksjonær i holdingselskapets hånd, dersom vilkårene for øvrig er til stede. Vurderingstema og vilkår blir ellers det samme som for tilfeller der personlige aksjonærer selger.

5.7 Selgerne har bundet seg før salget

I noen tilfeller er det ikke gjort noen avtale om bindingstid mellom kjøper og selger av aksjene overhodet. Det kan imidlertid være tilfelle at aksjonærene som selger allerede har avtalt bindingstid seg imellom. Kjøper verdsetter selskapet høyere når det er avtalt bindingstid mellom partene og det er en forutsetning ved overdragelsen at denne skal overholdes.

Det skattemessige spørsmål er også i et slikt tilfelle om en del av vederlaget skal anses for å ha tilknytning til arbeidsforholdet, slik at det kan være et moment som taler for omklassifisering.

⁵¹ Frederik Zimmer, *Lærebok i skatterett*, s. 105.

⁵² Frederik Zimmer, *Lærebok i skatterett*, s. 147.

Ofte vil ikke aksjevederlaget være betinget av at bindingstiden overholdes. Imidlertid kan det tenkes andre økonomiske konsekvenser og konsekvenser for fremtidig karriere ved å bryte avtalen. Dette er omstendigheter som kan medføre at selger blir bundet til å arbeide.

Selv om selger ikke har bundet seg overfor kjøper, kan det at selgerne fra før har avtalt bindingstid være et moment som taler for å anse deler av vederlaget som ”fordel vunnet ved arbeid”, jf. § 5-1 første ledd og § 5-10. Vurderingen for øvrig blir den samme som når selgerne binder seg overfor kjøper.

6 Aksjevederlagets størrelse i forhold til verdien av selskapet

6.1 Innledning

Som vi har sett tidligere er det i vurderingen av om et aksjevederlag kan omklassifiseres fra aksjegevinst til arbeidsinntekt et spørsmål om fordelene har tilstrekkelig nær tilknytning til arbeidsforholdet slik at det er naturlig å anse den som ”fordel vunnet ved arbeid”, jf. § 5-1 første ledd. Om det er grunnlag for omklassifisering beror på en helhetsvurdering av alle relevante forhold. Over har vi sett at selger kan binde seg gjennom bindingsklausuler, resultatklauseler og konkurranseklausuler. Vi har sett at dersom skattyter har påtatt seg bindingstid gjennom en av disse klausulene og en del av vederlaget er betinget, så vil det også være en nær tilknytning mellom deler av salgsvederlaget og arbeidsforpliktelsen. Bindingen vil være et tungtveiende moment som taler for omklassifisering. Avtalt bindingstid uten at aksjevederlaget er betinget er også et moment som taler for omklassifisering. Et ytterligere forhold som skal tas i betraktning er aksjevederlagets størrelse i forhold til selskapets verdi, med andre ord om det er betalt markedspris på aksjene.

At aksjevederlaget i forhold til selskapets verdi er et moment i helhetsvurderingen ble som sagt uttalt av Finansdepartementet i uttalelsen publisert i Utv. 1999 s. 225.

Med markedspris menes den prisen selger ville oppnådd ved salg av aksjene til andre, uten at selger hadde påtatt seg bindingstid. Verdien av at noen har påtatt seg arbeidsplikt er ikke en del av verdien som relaterer seg til aksjene. For å finne markedsverdien kan man undersøke hvor mye man oppnår for selskapet i markedet. Dersom det er vanskelig å finne en markedsverdi, må man få en uavhengig verdsettelse av selskapets verdi, uten at verdien av fremtidig arbeidsinnsats fra aksjonærene tas med i beregningen. Dette sies også av Finansdepartementet i Utv. 1999 s. 225:

”... må en være oppmerksom på forholdet til allerede opparbeidet goodwill i selskapet som følge av de gamle eieres aktivitet der. Slik goodwill er i prinsippet blitt en opparbeidet kapitalverdi i selskapet, og kan gjenspeiles i aksjevederlaget uten lønnsbeskatning som nevnt. Men dette gjelder bare goodwill som er varig i den forstand at den ikke forsvinner selv om arbeidsinnsatsen fra de gamle eiere hadde forsvunnet. Inntjeningsevne mv som antas å skyldes slik fortsatt arbeidsinnsats (med beskjedne lønnskostnader for selskapet) kan ikke påberopes som begrunnelse for høyt aksjevederlag.”

6.2 Betydningen av aksjevederlagets størrelse i forhold til selskapets verdi

Har kjøper betalt mer for aksjeselskapet enn selskapets verdi skulle tilsi, må det være et moment som taler for omklassifisering. Et slikt mervederlag indikerer at det er betaling for noe annet enn aksjene.

Dersom det ikke er ytet mer for aksjene enn verdien av selskapet tilsier, så taler det for at ingen del av vederlaget representerer noe annet enn betaling for aksjenes verdi. Dersom selgerne kan dokumentere at aksjevederlaget tilsvarer selskapsverdien ved å vise til verdsettelse eller bud fra andre uten at bindingstiden er tatt med, er det et moment som taler mot at vederlaget skal omklassifiseres.⁵³ Dersom andre potensielle kjøpere ville betalt det samme for aksjene uten at selgerne inngikk avtale om bindingstid, tilsier det at hele salgsvederlaget er knyttet til aksjene, ikke til arbeidsplikten.

⁵³ Frederik Zimmer, *Bedrift, selskap og skatt*, s. 586.

Om det ikke er betalt mer for aksjene enn verdien av selskapet skulle tilsi er imidlertid kun et moment og ikke avgjørende for spørsmålet om det er grunnlag omklassifisering. De øvrige omstendigheter i saken avgjør hvilken betydning størrelsen på aksjevederlaget skal ha.

I Vistnes-dommen nevnte retten at det ikke var lagt frem opplysninger om at kjøpesummen var høyere enn verdien og inntjeningssevnen til selskapet kunne forklare. Det ser ikke ut til å ha hatt noen betydning at det ikke totalt sett var betalt mer for selskapet enn dets verdi skulle tilsi. Grunnen ser ut til å ha vært at det var andre omstendigheter i saken som veide tyngre, som bindingsklausulen og fordelingen av aksjevederlaget.

I Friborg Hansen-dommen anførte skattyter at kjøpesummen tilsvarte selskapets verdi og at det var aksjene kjøper betalte for. Lagmannsretten kommenterte imidlertid ikke dette momentet, men det gikk heller ikke frem at skattyter hadde lagt frem noen dokumentasjon på verdien av selskapet. Retten la avgjørende vekt på at det var tatt inn en bindingsklausul i avtalen, og at en del av vederlaget var direkte knyttet opp mot arbeidsplikten. Det er mulig at lagmannsretten hadde funnet at bindingsklausulen medførte at det ble en så nær tilknytning mellom arbeidet og vederlaget at det var tilstrekkelig for å omklassifisere, selv om det ble dokumentert at vederlaget tilsvarte aksjenes verdi. Grunnen til det er at retten tilsynelatende utelukkende la vekt på at det eksisterte en bindingsklausul.

Selskapsverdien i forhold til aksjevederlaget burde imidlertid blitt nevnt i en sak som Friborg Hansen, selv om skattyter ikke dokumenterte anførselen nærmere. Dersom dokumentasjon ble fremlagt i en slik sak, måtte forholdet klart blitt tatt i betraktning.

Etter dette er det klart at om det er betalt mer enn markedsverdi for selskapet, så er det et moment som taler for omklassifisering. Dersom det ikke er betalt mer enn verdien av selskapet skulle tilsi, er dette et moment som taler mot omklassifisering. Det er imidlertid ikke et avgjørende moment når andre momenter veier tyngre.

7 Fordelingen av salgsvederlaget

7.1 Innledning

Til nå har vi sett på betydningen av at selger påtar seg bindingstid og betydningen av om det er betalt mer for aksjene enn selskapets verdi tilsier. I helhetsvurderingen vil også fordelingen av salgsvederlaget mellom selgerne være et moment. Hvor mye hver selger oppnår ved salg av sine aksjer i forhold til andre selgere, var et moment i Vistnes-dommen. Under skal vi se på hvilken betydning fordelingen av salgsvederlaget kan ha, ved å ta utgangspunkt i tre ulike situasjoner.

7.2 Aktive selgere får høyere vederlag enn passive selgere

I det følgende er spørsmålet hvilken betydning det har at aktive selgere får høyere vederlag for aksjene enn passive selgere.

En Høyesterettsdom inntatt i Rt. 1927 s. 819 kan tjene som veiledning. Saken gjaldt en disponent som fikk et høyere vederlag for sine aksjer ved likvidasjon av selskapet enn det som falt på hans dividende. Hans aksjer hadde ikke en høyere verdi som kunne forklare det høye vederlaget. Retten fant at beløpet skulle inntektsbeskattes fordi det var lønn.

Dommen gir støtte til et synspunkt om at dersom ikke alle selgerne mottar likt vederlag for aksjer med samme verdi, skal mervederlaget noen har fått, anses som betaling for noe annet enn aksjene.

Når det gjelder earn-out-situasjonen der selgere med bindingstid mottar et høyere vederlag enn selgere uten bindingstid, medfører synspunktet at mervederlaget skal anses som betaling for noe annet enn aksjene. Skattyter med bindingstid må kunne redegjøre for mervederlaget, og hva det er betaling for. Dersom det ikke kan forklares som noe annet, er det nærliggende å anta at mervederlaget er ytet fordi vedkommende har inngått avtale om bindingstid, og det er et moment som taler for å beskatte vederlaget som ”fordel vunnet ved arbeid” jf. § 5-1 første ledd og § 5-10.

I Vistnes-dommen mottok de selgere som hadde bindingstid mer enn det dobbelte for sine aksjer enn det den selgergruppen som ikke hadde arbeidsplikt fikk. Aksjene var av samme klasse. Den skjeve fordelingen var til slutt, sammen med blant annet bindingsklausulen, et tungtveiende moment i helhetsvurderingen som førte til at det var tilstrekkelig nær tilknytning mellom restvederlaget og arbeidet slik at det var naturlig å se vederlaget som arbeidsinntekt. Dommen støtter i likhet med Rt 1927 s. 819 det synspunkt at dersom noen selgere får høyere vederlag enn andre selgere for like aksjer, så skal ikke mervederlaget anses som betaling for aksjene. Når skjevheten i fordelingen av vederlaget ikke kan forklares med at det er betaling for aksjene, så er det nærliggende å anse vederlaget som ”fordel vunnet ved arbeid” jf. § 5-1 første ledd.

I forbindelse med at selgerne med bindingstid satt med flertallet av aksjene, 51 prosent, uttalte retten at en gunstig forhandlingsposisjon kunne gi bedre betaling enn for en minoritetsaksjepost. Det kan bety at de som sitter på større aksjeposter i enkelte tilfeller kan motta høyere vederlag for aksjer i samme klasse med lik verdi, uten at mervederlaget skal anses som betaling for noe annet enn aksjene. I et slikt tilfelle er det flertallsposten, og dermed aksjene, som er årsaken til det høye vederlaget, ikke det at selgerne har påtatt seg bindingstid. Forutsetningen for å nå frem med et slikt synspunkt må være at vederlaget ikke er uforholdsmessig høyt. I Vistnes-dommen var vederlaget over det dobbelte, og det mente lagmannsretten var for høyt til å kunne forklares av den større aksjeposten. I tillegg må kjøperne reelt sett ha vært villige til å betale mer for disse aksjene. At selgerne eier en flertallsaksjepost er i seg selv ikke nok til å anta at kjøper vil betale mer for disse aksjene. Dette kan støttes på at lagmannsretten i Vistnes-dommen fant at kjøper gjorde en totalvurdering med hensyn til verdsettelse av selskapet, og at kjøper ikke hadde noen interesse i hvordan totalvederlaget skulle fordeles mellom aksjonærene.

Etter dette må det riktige være at dersom selgere av aksjer med bindingstid mottar et høyere vederlag enn selgere uten bindingstid, så er det et moment som taler for at aksjevederlaget har tilstrekkelig nær tilknytning til arbeidsforholdet, slik at det er mest naturlig å se dette

som ”fordel vunnet ved arbeid” jf. § 5-1 første ledd og § 5-10. Unntak kan tenkes dersom skattyter kan redegjøre for at årsaken til det høye vederlaget ikke er at han har påtatt seg en arbeidsplikt. En slik grunn kan etter omstendighetene være at kjøper var villig til å betale mer for en flertallaksjespost.

7.3 Alle selgere er aktive og mottar likt vederlag

I Friborg Hansen-dommen var alle selgerne aktive og hadde bindingstid, og alle fikk likt vederlag for aksjene. Da bindingsklausulen var det sentrale og avgjørende i vurderingen for lagmannsretten, nevnte ikke lagmannsretten noe om dette. Imidlertid har nok en slik fordeling heller ikke interesse, fordi ingen har fått noen fordeler i forhold til hverandre. Imidlertid må denne situasjonen ses i sammenheng med om det er betalt markedspris på aksjene eller ikke.

7.4 Både aktive og passive selgere får likt vederlag

En situasjon som kan volde mer tvil enn faktum i Vistnes-dommen og Friborg Hansen-dommen, er at både aktive og passive selgere får likt vederlag per aksje, men bare de aktive binder seg til å arbeide. Man skulle da i utgangspunktet tro at selgerne med bindingstid ikke kunne få deler av sine vederlag omklassifisert, siden disse ikke mottar noe mervederlag i forhold til passive selgere.

Ett synspunkt er at det at de passive selgerne får samme vederlag for aksjene som selgerne med bindingstid ikke kan være til hinder for omklassifisering. Begrunnelsen er da at kjøper vil sikre seg 100 prosent av aksjene og må tilby de passive aksjonærene tilsvarende høyt vederlag for å få disse til å selge.⁵⁴ En annen ting er at selgerne uten bindingstid kan motta likt salgsvederlag som de med bindingstid for å legitimere at det er et aksjevederlag de aktive har mottatt. Det gis da inntrykk av at aksjene har denne verdien, fordi de passive selgerne får tilsvarende. Dersom de passive selgerne eier mindre aksjeposter i selskapet,

⁵⁴ Kristian Kvamme, s. 314.

øker sannsynligheten for at kjøper har vært villig til å også betale disse mer enn markedsverdi for deres aksjer.⁵⁵

Motsatt kan man se det at de aktive aksjonærene ikke har fått et mervederlag i forhold til de passive aksjonærene, som et argument mot at det kan være grunnlag for omklassifisering. Selgerne med bindingsklausul og arbeidsplikt har i realiteten påtatt seg en ulempe i forhold til de passive selgerne.⁵⁶

Hvilket synspunkt som har mest for seg må avhenge av om det er betalt mer for aksjene enn de egentlig er verdt, et mervederlag, eller om salgsvederlaget tilsvarer selskapets verdi.⁵⁷ Dersom kjøper har betalt mer for aksjene enn de er verdt, kan deler av salgsvederlaget referere seg til at selger har påtatt seg en arbeidsplikt, selv om passive selgere også mottar høyere vederlag. Selv om de passive har mottatt vederlag som overstiger aksjene virkelige verdi, kommer man ikke unna det faktum at det fortsatt kan være en tilknytning mellom en del av salgsvederlaget og arbeidsforholdet for de med bindingstid. Det at alle aksjonærer selger, men bare noen binder seg, utelukker dermed ikke at deler av vederlaget kan være ”fordel vunnet ved arbeid” jf. sktl. § 5-1 første ledd.

De passive selgerne av aksjene skatter for hele beløpet som aksjegevinst. Selgerne som er og skal være aktive i selskapet får beskattet deler av sitt salgsvederlag som ”fordel vunnet ved arbeid” jf. § 5-1 første ledd jf. § 5-10, dersom man finner at det er grunnlag for omklassifisering. Det medfører at vedkommende som får deler av vederlaget beskattet som arbeidsinntekt, får et lavere salgsvederlag enn de passive etter skatt. En slik konsekvens kan tenkes å være et argument mot omklassifisering. Mot dette kan det igjen innvendes at det faktisk er ytet et mervederlag for aksjene, og tilknytningen til arbeidet forsvinner ikke selv om de passive selgerne også mottar tilsvarende høyt vederlag. Det bør vel heller ikke

⁵⁵ Frederik Zimmer, *Bedrift, selskap og skatt*, s. 586.

⁵⁶ Frederik Zimmer, *Bedrift, selskap og skatt*, s. 586.

⁵⁷ Frederik Zimmer, *Bedrift, selskap og skatt*, s. 586.

ha noen betydning for spørsmålet om omklassifisering om skattyter mottar en fordel i forhold til de andre selgerne. Det naturlige må være å se på om skattyter isolert sett har mottatt et merverderlag for aksjene.

Imidlertid bør det stille seg annerledes dersom det ikke er betalt mer for aksjene totalt enn det selskapet er verdt. Selv om noen selgere har påtatt seg bindingstid er det ikke ytet noe merverderlag for aksjene som kan begrunnes med at noen selgere skal fortsette å arbeide. Dersom deler av salgsvederlaget blir omklassifisert til arbeidsinntekt, mottar disse lavere vederlag etter skatt for aksjene enn de passive. Vederlaget blir i tillegg lavere enn selskapets verdi. I slike tilfeller vil det være mest naturlig å ikke omklassifisere vederlaget som er knyttet til bindingstiden.

7.5 Oppsummering

Etter dette kan man si at fordelingen av salgsvederlaget er et moment som taler for omklassifisering der det er skjev fordeling av vederlaget mellom ulike selgere. Dersom alle selgerne er aktive og mottar likt vederlag, vil ikke fordelingen i seg selv ha noen betydning. Dersom både passive og aktive selgere mottar likt vederlag, må denne fordelingen sees i sammenheng med om det er betalt mer enn selskapets verdi.

8 Markedslønn

Til nå har vi sett på det at selger er bundet fordi han har påtatt seg bindingsklausul, resultatklausul eller konkurranseklausul, betydning av aksjevederlagets størrelse i forhold til selskapets verdi, samt at vi har sett på betydningen av fordelingen av salgsvederlaget. Et annet relevant moment i helhetsvurderingen er om skattyter mottar markedslønn i bindingstiden. I uttalelsen publisert i Utv. 1999 s. 225, stilte Finansdepartementet som nevnt opp omstendigheter som kunne føre til omklassifisering fra aksjegevinst til arbeidsinntekt, og et tredje forhold var lønnsnivået til selger i forhold til markedsverdi for

arbeidet. Under skal vi se på markedslønn og betydningen av at selger mottar dette i bindingstiden.

Dersom selger mottar markedsmessig lønn fra arbeidsgiver i bindingstiden, er det et moment som taler mot å anse en del av vederlaget for ”fordel vunnet ved arbeid” jf. § 5-1 første ledd. Grunnen til det er at selger faktisk får lønn for det arbeidet han utfører i bindingstiden, og det taler da mot å anse deler av aksjevederlaget som arbeidsinntekt.

Imidlertid er ikke det at selger mottar markedslønn i bindingstiden alene avgjørende for spørsmålet om omklassifisering. I Vistnes-dommen uttalte retten:

”Det kan ... heller ikke legges avgjørende vekt på at de tre selgerne etter aksjesalget fortsatte i sine stillinger med samme avlønning som tidligere, og som antas å være markedslønn.”

Uttalelsen viser at markedslønn er et moment som skal vektlegges i en helhetsvurdering. Imidlertid er det andre momenter som veier tyngre og markedslønn er ikke avgjørende når det er andre omstendigheter som peker mot at deler av vederlaget kan beskattes etter sktl. § 5-1 første ledd som ”fordel vunnet ved arbeid”, jf. § 5-10.

Betydningen av markedsmessig lønn ble også tatt opp i en avgjørelse fra Oslo Ligningskontor, Utv. 2004 s. 553. Saken gjaldt salg av innmat i et aksjeselskap der kjøpesummen skulle betales i tre avdrag. De to siste avdragene var avhengig av arbeidsplikt for to av selgerne i det selskapet som kjøpte innmaten.

Spørsmålet var om hele eller deler av vederlaget var å anse som betaling for arbeidsinnsats og ikke kapitalinntekt. Nemda kom til at det var grunnlag for å omklassifisere de to avdragene som vederlag for arbeid. Det at selger mottok markedsriktig lønn utelukket ikke omklassifisering.

Saken støtter synspunktet om at markedslønn er et moment i en helhetsvurdering, men at det ikke er avgjørende. Saken gjaldt earn-out, men salg av innmat, og skiller seg derfor fra earn-out ved aksjeoverdragelse. Problemstillingen er imidlertid den samme, og saken tjener derfor som veiledning.

Videre var spørsmålet om markedslønn oppe i Friborg Hansen-dommen, hvor lagmannsretten uttalte:

”Lagmannsretten finner ikke å se bort fra at avlønningene noenlunde svarer til det som var vanlig i bransjen i de aktuelle årene. Det forhold at A mottok lønn som nevnt kan likevel ikke ses å være avgjørende for den skattemessige bedømmelse. At han også mottok løpende lønnsutbetalinger røkkes ikke ved den omstendighet at ansettelsesforholdet var en betingelse for utbetaling av det aktuelle restvederlaget.”

Det kan være tvil om lagmannsretten med denne uttalelsen mener at markedslønn ikke behøver å tas i betraktning når det foreligger en bindingsklausul med betinget vederlag, eller om retten anser lønnen som et moment, bare at det ikke er avgjørende. Tvilen kommer både av en tolkning av uttalelsen, og det at lagmannsretten innledningsvis slo fast at det er tilstrekkelig at arbeidsforholdet har vært foranledning til innvinning av fordelen. Uansett må det antas at markedslønn er et moment som skal legges vekt på, også i situasjoner der alle selgerne binder seg og alle mottar samme pris for aksjene. Det følger av tolkningen av sktl. § 5-1 første ledd og § 5-10, som åpner for en helhetsvurdering av alle relevante forhold i den enkelte sak. Det kan også støttes på uttalelser i Vistnes-dommen og uttalelsen fra Finansdepartementet, jf. Utv. 1999 s. 225.

Det er flere grunner til å anse markedslønn som et moment, men ikke et tungtveiende og avgjørende moment. En ting er at det at selger mottar markedsmessig lønn ikke utelukker at kjøper har betalt mer enn markedslønn for at selger skal gå med på arbeidsplikt i en bestemt periode. Man skulle tro at det at noen binder seg til å arbeide koster mer enn å bare avlønne for utførelsen av arbeidet i bindingstiden. Bedrifter kan ofte være villige til å betale

mer enn det som er markedslønn for en tilsvarende stilling for at en bestemt person skal binde seg til å jobbe for dem. Dermed kan godt deler av aksjevederlaget være vederlag for arbeid, selv om vedkommende selger også lønn for arbeidet i bindingstiden.

En annen ting er at det kan være vanskelig å fastslå hva som er markedslønn for en person. Dette er nok relativt ukomplisert i tilfeller hvor man kan se hen til hva som er vanlig lønn for en i samme bransje med tilsvarende utdanning og erfaring. I earn-out-tilfellene vil det imidlertid ofte være snakk om nøkkelpersoner i ledende stillinger i selskapet. Denne type stillinger kan det være vanskelig å finne noen markedsriktig lønn for. Personene sitter ofte på en ganske unik kompetanse og innsikt i en bransje, og har kanskje personlige egenskaper som gjør dem særlig egnet for en stilling. Dette er egenskaper som man ikke lett kan verdsette. Siden det i mange tilfeller er vanskelig å finne markedslønn, kan man heller ikke med sikkerhet fastslå om det er markedslønn selger mottar i bindingstiden.

Dersom selger mottar lønn som er lavere enn markedslønn, vil det være ytterligere et moment som taler for omklassifisering av en del av vederlaget. En slik avlønning vil mest sannsynlig bety at det er forutsatt mellom partene at noe av lønnen skal utbetales i salgsvederlaget. Det gjelder selv om selger beholder samme lønn som før salget. En aktiv aksjonær vil undertiden ta ut lønn som ligger under markedslønn fordi han har økonomiske interesser i selskapet og nyter godt av selskapets fremgang og vekst på andre måter. Det er lite trolig at han som vanlig ansatt i selskapet er villig til å motta samme lønn, når han ikke lenger har interesser i selskapet. Avlønning under markedslønn vil derfor indikere at det ligger lønn for bindingstiden innbakt i salgsvederlaget.⁵⁸

Etter dette kan man si at markedslønn er et moment i helhetsvurderingen når det skal vurderes om det er tilstrekkelig nær tilknytning mellom aksjevederlaget og arbeidet i bindingstiden, slik at det er mest naturlig å se deler av vederlaget som ”fordel vunnet ved arbeid” jf. § 5-1 første ledd. Imidlertid har underrettspraksis ikke lagt avgjørende vekt på at

⁵⁸ Ole Gjems-Onstad, s. 1182.

skattyter har mottatt markedsmessig lønn. Momentet vil antakeligvis ha større betydning i tilfeller der det kan være tvilsom om det er grunnlag for omklassifisering, og det ikke er andre tungtveiende momenter som for eksempel bindingstid med betinget vederlag og at det er ytet mervederlag, som taler for omklassifisering.

9 Avsluttende kommentarer

9.1 Innledning

Vi har sett at spørsmålet om det er grunnlag for omklassifisering av aksjevederlaget avhenger av om en del av vederlaget har tilstrekkelig nær tilknytning til arbeidsforholdet slik at det er naturlig å se som ”fordel vunnet ved arbeid”, jf. § 5-1 første ledd og § 5-10. Om det er tilstrekkelig nær tilknytning avhenger av en helhetsvurdering av alle relevante forhold. Tidligere har vi gjennomgått forhold som er særlig sentrale i vurderingen, som at selger har påtatt seg bindingstid, betydningen av aksjevederlagets størrelse i forhold til selskapets verdi, fordelingen av aksjevederlaget mellom selgerne og betydningen av at selger mottar markedslønn i bindingstiden.

Det er mange situasjoner som kan oppstå, og faktiske forhold vil variere i den enkelte sak. Derfor er det vanskelig å si noe om og trekke konklusjoner for alle tenkelige situasjoner der aksjeselskap overdras og en aktiv aksjonær skal fortsette å arbeide etter salget. Til slutt skal noen av de kanskje mest typiske situasjoner illustreres med hvilken betydning de enkelte momentene kan ha og hva konklusjonen må bli. Formålet er å oppsummere det som er drøftet gjennom oppgaven, og kort dra noen konklusjoner.

Deretter skal det til slutt kort sies noe om hvor mye som skal omklassifiseres.

9.2 Noen konklusjoner om utvalgte situasjoner

9.2.1 Selger med bindingstid får en særfordel i forhold til selger uten bindingstid

Selgerne som har påtatt seg bindingstid får et høyere vederlag enn de passive selgerne. Det forutsettes at en del av vederlaget til selgerne med bindingstid er gjort betinget.

Det at selger har bundet seg er et moment som taler for omklassifisering av deler av vederlaget. Særlig fordi vederlaget samtidig er betinget og knyttet opp mot arbeidsplikten, noe som medfører en nær tilknytning mellom en del av aksjevederlaget og arbeidsforholdet. Det at de aktive selgerne får høyere vederlag enn de passive er også et tungtveiende moment som taler for at vederlaget må omklassifiseres, jf. Rt. 1927 s. 819 og Vistnes-dommen. Det at selger mottar markedslønn i bindingstiden taler mot omklassifisering, men er ikke avgjørende i denne situasjonen. Heller ikke er det avgjørende om det ikke er betalt mer for aksjene enn selskapets verdi. Konklusjonen må på den bakgrunn bli omklassifisering. Det er så nær tilknytning mellom deler av aksjevederlaget og arbeidsforholdet, at det er naturlig å se denne som "fordel vunnet ved arbeid" jf. sktl. § 5-1 første ledd og § 5-10.

Det kan spørres om resultatet blir det samme dersom både aktive og passive selgeres vederlag er betinget av at arbeidsplikten overholdes. I utgangspunktet bør konklusjonen bli omklassifisering, da de aktive har fått et høyere vederlag enn de passive.

Legges et annet syn til grunn, som at man anser den betingede del av vederlaget å ikke bare skyldes arbeidsinnsatsen når betingelsen gjelder alle, men for eksempel er sikkerhet for kjøper om at arbeidsforpliktelsen overholdes, kan det ikke være grunnlag for å omklassifisere hele. Imidlertid må merverderlaget i forhold til de passive anses å ha tilstrekkelig nær tilknytning til arbeidsinnsatsen. Dette blir i så fall også et spørsmål om hvor mye som skal omklassifiseres.

Dersom selger har påtatt seg bindingstid, men vederlaget ikke er gjort betinget av at avtalen overholdes, må vurderingen bli den samme. Det er mest naturlig å anse en del av vederlaget

som ”fordel vunnet ved arbeid”, jf. § 5-1 første ledd og § 5-10, på grunn av særfordelen selger får i form av høyere aksjevederlag.

9.2.2 Bare en selger eller flere som alle har bindingstid, likt vederlag til alle

Det forutsettes her at deler av vederlaget er betinget av at selger arbeider i bindingstiden.

Bindingstiden er et tungtveiende moment som taler for omklassifisering. Det at en del av vederlaget knyttes opp mot arbeidsforholdet medfører en nær tilknytning mellom fordelene og arbeidet. Imidlertid mottar selgerne ingen særfordel i forhold til hverandre eller andre. Dersom selger mottar markedsmessig lønn er det et moment som taler mot omklassifisering, men det har heller ikke her avgjørende betydning. Om det er ytet markedsverdi på aksjene er antakeligvis ikke et tungtveiende moment når først en del av vederlaget er betinget av videre arbeid, jf. Friborg Hansen-dommen. Konklusjonen må bli at det i utgangspunktet er grunnlag for omklassifisering i slike tilfeller. Imidlertid må resultatet antakeligvis bli et annet dersom skattyter kan dokumentere at det ikke er ytet mer enn markedsverdi for selskapet totalt sett. Det vil da ikke være like naturlig å anse en del av vederlaget som arbeidsinntekt. Forutsetningen er da at selger mottar en lønn i bindingstiden som minst tilsvarer markedsmessig lønn.

Videre kan det tenkes at vurderingen må bli noe annerledes dersom bindingstid er avtalt uten at en del av vederlaget er betinget. Bindingstiden er et moment som taler for omklassifisering, men er ikke like tungtveiende som når bindingstiden utformes med betinget vederlag. Det at selger mottar markedsmessig lønn i bindingstiden bør heller ikke her ha avgjørende betydning, men kan tenkes å ha større betydning i et slikt tilfelle. Om det er ytet markedsverdi på aksjene må være avgjørende. Det vil ikke være naturlig å omklassifisere noe av aksjevederlaget dersom det ikke kan konstanteres at det faktisk er ytet et merverdederlag ut over verdien av selskapet, når vederlaget ikke er gjort betinget. Forutsetningen for synspunktet må være at selger mottar markedsmessig lønn i bindingstiden. Dersom det er ytet merverdederlag som ikke kan referere seg til annet at selger har bundet seg, må det anses å være tilstrekkelig nær tilknytning mellom deler av

aksjevederlaget og arbeidsforholdet og naturlig å se dette som ”fordel vunnet ved arbeid”, jf. sktl. § 5-1 første ledd og § 5-10.

9.2.3 Selger med bindingstid får ikke særfordel i forhold til selger uten bindingstid
Aksjonærer med bindingstid som selger får samme vederlag for aksjene som passive aksjonærer. Det forutsettes først at vederlaget til de aktive selgerne er betinget.

Bindingstiden er igjen et tungtveiende moment som taler for omklassifisering, særlig fordi en del av salgsvederlaget er knyttet opp mot arbeidsforholdet i avtalen. Siden selgerne med bindingstid ikke har fått høyere vederlag enn de som ikke binder seg, taler det mot omklassifisering. Det at selger mottar markedslønn i bindingstiden er et moment som taler mot omklassifisering, men er ikke avgjørende. I dette tilfellet må det avgjørende være om det er betalt markedspris på aksjene eller mer. Dersom aksjevederlaget er høyere enn selskapets verdi skulle tilsi, må konklusjonen bli at det er grunnlag for omklassifisering.

Dersom både aktive og passive selgere har fått betinget deler av vederlaget av at selgerne med bindingstid overholder denne, må vurderingen i utgangspunktet bli den samme. Dersom det ikke er ytet mer enn markedsverdi er det ikke grunnlag for omklassifisering uansett. Er det ytet mer må det være grunnlag for omklassifisering selv om aktive og passive selgere har samme betingelser. Mervederlaget har formodentlig sammenheng med at selger har påtatt seg arbeidsplikt.

Videre må det for tilfeller der selger har bindingstid, men ingen del av vederlaget er betinget av at denne overholdes, bli samme vurdering som der deler av vederlaget er betinget.

9.3 Kort om hvor mye som skal omklassifiseres

Til nå har vi sett på hvilket vurderingstema som må legges til grunn for spørsmålet om omklassifisering og hvilke momenter som skal vektlegges i vurderingen av om et aksjevederlag kan anses som ”fordel vunnet ved arbeid” jf. sktl. § 5-1 første ledd og § 5-10.

Et annet spørsmål er hvor mye av aksjevederlaget som kan omklassifiseres. Det er vanskelig å gi noen svar på hvordan man skal finne frem til beløpet som skal omklassifiseres i den enkelte sak, da beløpet må fastsettes skjønnsmessig. Det rettslige grunnlaget for at ligningsmyndighetene kan omklassifisere aksjevederlaget er ligningsloven § 8-1. Ligningsmyndighetene "... avgjør hvilket faktisk forhold som skal legges til grunn for ligningen av den enkelte skattyter ...", jf. ligningsloven § 8-1 første ledd, første punktum. Det man da må finne er hvor mye som reelt sett må anses å være "fordel vunnet ved arbeid" jf. sktl. § 5-1 første ledd og § 5-10.⁵⁹ Vurderingen blir hvor stor del av aksjevederlaget som har tilstrekkelig nær tilknytning til ansettelsesforholdet.

Som vi har sett gjøres ofte en del av vederlaget betinget av at selger overholder bindingstiden han påtar seg. I Vistnes-dommen og Fribog Hansen-dommen var det beløp som ble omklassifisert sammenfallende med det som var betinget. Det kan ikke stilles opp som noen regel at det samme skal gjelde i alle tilfeller. Vederlaget som er betinget kan etter omstendigheten være for lavt i forhold til hva som skal omklassifiseres. Mer praktisk er det kanskje at det betingede beløpet kan være før høyt i forhold til det som kan omklassifiseres, og at det ikke er tilstrekkelig nær tilknytning mellom hele det betingede vederlaget og arbeidet selger skal utføre.⁶⁰ Det kan være tilfelle der man for eksempel finner at restvederlaget også skal fungere som en sikkerhet for avgitte garantier.

Selv om det ikke kan stilles opp noen regel om at det betingede vederlag er sammenfallende med det beløp som skal omklassifiseres, vil imidlertid det at en bestemt del av vederlaget er betinget ofte medføre at det blir en nær tilknytning mellom denne delen av vederlaget og selgers arbeidsforhold. Det er således et moment i den skjønnsmessige vurderingen.⁶¹

⁵⁹ Ole Gjems-Onstad, s. 1182.

⁶⁰ Frederik Zimmer, *Bedrift, selskap og skatt*, s. 587.

⁶¹ Kristian Kvamme, s. 319.

Dersom ingen del av vederlaget er gjort betinget eller man ikke finner at den betingede del av vederlaget gir veiledning for hvilket beløp som kan omklassifiseres, kan man se på hvor mye kjøper hadde vært villig til å betale for selskapet dersom nøkkelpersonen ikke påtok seg bindingstid, eventuelt hvor mye kjøper ville betalt for å få vedkommende til å arbeide i selskapet ellers.⁶²

⁶² Kristian Kvamme, s. 319.

10 Kilderegister

10.1 Høyesterettsavgjørelser

Rt. 1922 s. 523 (Nordberg)

Rt. 1927 s. 819

Rt. 1958 s. 587 (Hagerup)

Rt. 1974 s. 976 (Vesaas)

Rt. 1979 s. 481 (Havrevold)

Rt. 2000 s. 758 (Kruse Smith)

Rt. 2000 s. 1739 (Pre Finans)

Rt. 2003 s. 504 (Lundgaard)

10.2 Avgjørelser fra lagmannsretten

Utv-2005-277 (Vistnes)

Utv-2005-907 (Friborg Hansen)

10.3 Avgjørelser fra tingretten

Utv-2007-990 (Alvdal Bygg)

10.4 Lover

Lov av 18. august 1911 nr. 9, Skattelov for byene

§36

Lov av 18. august 1911 nr. 8 om skatt av formue og inntekt (skatteloven fra 1911)

§ 42

Lov av 13. juni 1980 nr. 24 om ligningsforvaltning (ligningsloven)

§ 8-1

Lov av 26. mars 1999 nr. 14 om skatt av formue og inntekt (skatteloven)

§§ 2-38, 5-1, 5-10, 5-20, 10-11, 10-12, 10-30, 12-2, 12-2 bokstav a, 13-1.

10.5 Forarbeider

Ot.prp. nr. 86 (1997 - 1998) Ny skattelov

10.6 Litteratur

Zimmer, Frederik, (Red.), *Bedrift, selskap og skatt*, 4. utgave, (Oslo 2006)

Zimmer, Frederik, *Lærebok i skatterett*, 5. utgave, (Oslo 2005)

Gjems-Onstad, Ole, *Norsk bedriftsskatterett*, 6. utgave, (Oslo 2003)

10.7 Artikler

Krohnstad, Morten Foros, "En delingsmodell for aksjegevinster?", *Skatterett nr. 01*, 2006 s. 67-81.

Krohnstad, Morten Foros, "Intellektuell kapital ved aksjetransaksjoner: Skattespørsmål ved salg av kunnskapsbedrifter", *Skatterett nr. 17*, 1999 s. 3-14.

Wangen, Ståle, "Earn-out – skattemessige konsekvenser for selgende aksjonær", *Revisjon og regnskap nr. 8*, 2002 s. 40-45.

Kvamme, Kristian, "Aksjegevinster i grenseland mot arbeidsinntekter", *Skatterett nr. 04*, 2005 s. 305-320.

10.8 Ligningspraksis

Oslo LK i Utv 2004 s. 553.

Oslo LK i Utv 2000 s. 1775.

10.9 Annet

Disposisjon til foredrag av advokat Sverre Hveding, "*Insentivordninger og "earn-out"*": *Ledende ansattes skatteforhold*", det årlige skatterettskurset 18. januar 2008.

Lignings-ABC 2007.

Brev av 30. desember 1998 fra Finansdepartementet til Skattedirektoratet, "Bruttoskatteplikt mv ved kombinerte aksjeoverdragelser og arbeidsavtaler ("earn outs")", *Utv. 1999 s. 225*.

10.10 Henvisninger til internett

<http://www.investorwords.com/1627/earnout.html>

